

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO
Departamento de Derecho Penal



TESIS DOCTORAL

**Función y límites de la justificación penal propuesta de un
modelo unitario teleológico de exclusión del injusto**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR

PRESENTADA POR

David Velázquez Vioque

Directora

María Martín Lorenzo

Madrid, 2017

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Derecho Penal



**FUNCIÓN Y LÍMITES DE LA JUSTIFICACIÓN PENAL.
PROPUESTA DE UN MODELO UNITARIO TELEOLÓGICO
DE EXCLUSIÓN DEL INJUSTO**

TESIS DOCTORAL

DAVID VELÁZQUEZ VIOQUE
Madrid 2015

DIRECTORA: PROF. DRA. MARÍA MARTÍN LORENZO

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Derecho Penal



**FUNCIÓN Y LÍMITES DE LA JUSTIFICACIÓN PENAL.
PROPUESTA DE UN MODELO UNITARIO TELEOLÓGICO
DE EXCLUSIÓN DEL INJUSTO**

Tesis realizada por el Licenciado D. David Velázquez Vioque,
bajo la dirección de D^a María Martín Lorenzo, Profesora Titular
de Derecho Penal de la Universidad Complutense de Madrid,
para la obtención del grado de Doctor en Derecho.

FUNCIÓN Y LÍMITES DE LA JUSTIFICACIÓN PENAL

	5
ÍNDICE	11
ABREVIATURA	13
INTRODUCCIÓN	23
SUMMARY	
CAPÍTULO I. EL MODELO TRADICIONAL: LA CONCEPCIÓN UNITARIA DE LA ANTIJURIDICIDAD	31
I. Introducción : la inadecuación de la función unitaria de las causas de justificación para dar respuesta a las exigencias de un sistema funcionalista.....	31
II.-Presupuestos dogmáticos del concepto unitario de antijuridicidad.....	38
1. El principio de unidad del ordenamiento jurídico y sus repercusiones en la justificación penal.....	38
A) Planteamiento.....	38
B) La declaración del comportamiento como antijurídico o justificado: ¿tertium non atur?.....	42
C) La procedencia universal de las causas de justificación.....	46
a) Apertura del Derecho penal versus principio de ultima ratio.....	46
b) Consideraciones críticas a la vinculación entre la procedencia universal de las causas de justificación y la adopción de un concepto de antijuridicidad general.....	50
D) Función unitaria y exclusión de la antijuridicidad general de la conducta.....	55
2. La función preventiva de la antijuridicidad en el seno del ordenamiento jurídico.....	63
A) La distinción entre lo injusto y lo permitido desde una perspectiva normativa imperativa	63

Índice

B) Consideraciones críticas sobre la llamada función preventiva general de la antijuridicidad	72
III.- Consecuencias sistemáticas y procesales del concepto unitario de antijuridicidad.....	75
1. Aplicabilidad inmediata de las causas de justificación extrapenales al Derecho penal.....	75
A) Delimitación de los factores determinantes de la aplicación general.....	75
B) Compatibilidad de la procedencia extrapenal de las causas de justificación con un concepto no unitario de antijuridicidad.....	83
C) ¿Excepciones a la aplicabilidad inmediata de permisos extrapenales?.....	85
D) Valoración crítica y toma de postura.....	88
2. La exclusión de responsabilidad jurídica por las causas de justificación.....	95
A) Ruptura del postulado: responsabilidad civil en el estado de necesidad.....	96 106
B) Otros supuestos problemáticos.....	109
C) Valoración y consecuencia: necesidad de una diferenciación.....	109
D) Consideraciones críticas acerca de la exclusión de consecuencias jurídicas en las restantes causas de justificación.....	114
.	119
3. Consecuencias procesales de la concepción unitaria.....	119
A) Terminación anticipada del proceso y exclusión de toda consecuencia jurídica.....	119
B) La supuesta mayor dificultad probatoria de las causas de justificación frente a la exclusión del tipo: archivo del proceso y causas de justificación.....	125

Índice

CAPÍTULO II.....	129
EL MODELO DIFERENCIADOR NO TELEOLÓGICO DE ANTIJURIDICIDAD.....	129
I.- La distinción entre simples causas de exclusión de lo ilícito y causas de justificación desde la perspectiva de la teoría del ámbito libre del derecho.....	129
1. Bases para una diferenciación.....	129
2. ¿Es necesaria la introducción de una categoría dogmática al amparo del ámbito libre del derecho?.....	132
A) Ámbito de aplicación.....	132
B) Valoración crítica de los fundamentos de la distinción.....	135
C) Valoración crítica de los efectos de la distinción.....	144
II.- La justificación procedimental como modelo superador del concepto tradicional de justificación.....	151
1. Los fundamentos de la procedimentalización.....	151
2. Presupuestos y delimitación de la justificación procedimental.....	156
A) Presupuestos.....	156
B) Delimitación frente a supuestos de ausencia de imputación objetiva (infracción del deber objetivo de cuidado).....	159
C) Procedimentalización vs. justificación teleológica: consideraciones críticas.....	162
III.-Clasificaciones analíticas de las causas de justificación en atención a sus efectos.....	166
1. La distinción entre autorizaciones de acción y autorizaciones de intervención.....	166
A) Supuestos abarcados.....	166
B) Valoración crítica de una categoría intermedia conceptualizada como simples autorizaciones de la acción..	170

Índice

2. La estructura de la justificación en correlación con los elementos configuradores del injusto.....	173
A) Causas de justificación del resultado y causas de justificación de la acción.....	173
a) Ámbito de aplicación.....	173
b) Valoración crítica.....	177
B) Justificación intrasistemática-Justificación extrasistemática.....	180
C) Justificación supraindividual-Justificación por persecución de un fin individual.....	185
IV.-La exclusión de la responsabilidad por el hecho como renuncia a la sanción penal en atención a la disminución de la ilicitud.....	189
1. Ámbito de la categoría: distinción frente a otras propuestas vinculadas a la culpabilidad.....	189
2. La necesidad de ratificación de la norma vulnerada.....	194
A) Consideraciones críticas.....	194
B) El enfoque preventivo de la norma.....	198
C) ¿Sobreseimiento libre por ausencia de responsabilidad por el hecho?.....	200
CAPÍTULO III.....	203
EL MODELO DIFERENCIADOR TELEOLÓGICO DE ANTIJURIDICIDAD	203
I.-Presupuestos para la ruptura del concepto unitario en el ámbito de las funciones atribuidas a las causas de justificación.....	203
1. Merecimiento de pena e introducción de categorías dogmáticas intermedias entre tipicidad y antijuridicidad	203
A) Los presupuestos negativos de merecimiento de pena...	204
B) Las causas de exclusión de la tipicidad penal de Luzón Peña.....	209

Índice

a') Ámbito de aplicación.....	209
b') Supuestos abarcados.....	210
c') Consideraciones críticas sobre el establecimiento de una categoría de causas de exclusión de la tipicidad penal.....	217
C) El punto de vista de Hans Ludwig Günther y su influencia en desarrollos posteriores	223
a') Planteamiento.....	223
b') Críticas a la categoría de las causas genuinas de exclusión del injusto penal.....	236
c') Valoración de la influencia de la concepción diferenciadora en la teoría tradicional del delito.....	245
D) El concepto de Normspaltung en Tiedemann.....	251
a') Planteamiento del concepto y desarrollo en otros sectores del ordenamiento.....	251
b') Valoración crítica.....	255
CAPÍTULO IV.....	259
EL MODELO UNITARIO TELEOLÓGICO Y SUS LÍMITES: LA JUSTIFICACIÓN PENAL COMO EXPRESIÓN GARANTISTA DE LOS FINES DEMOCRÁTICOS.....	259
I.-Introducción: bases para un modelo unitario teleológico.....	259
II.- Planteamiento y concreción: prevención y garantías constitucionales en la determinación de los principios rectores de la justificación penal.....	262
1. La insuficiencia dogmática de la ponderación de intereses como principio rector de la justificación penal.....	262
A) La indeterminación del criterio del interés preponderante en la ponderación del caso concreto.....	263
a') Sistematización de los principios de justificación penal.....	263
b') Valoración crítica de un principio general justificante.....	266

Índice

B) Necesidad de concreción del principio general: referencias axiológicas en la ponderación de intereses...	268
2. Justificación penal. La exclusión del injusto específicamente penal con base en los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la sanción penal	272
A) El criterio de la idoneidad. La introducción de consideraciones preventivo-penales en la exclusión del injusto.....	272
B) Necesidad de pena y justificación penal. La dialéctica de fines supraindividuales e individuales en la determinación del contenido de las causas de justificación.....	276
C) El principio de proporcionalidad en sentido estricto y justificación penal. Graduación del injusto y principio de insignificancia.....	285
CONCLUSIONES	295
BIBLIOGRAFÍA	323

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

ADPCP	Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales
AFDUAM	Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid
AP	Actualidad Penal
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
art., arts.	artículo, artículos
AT	Allgemeiner Teil (Parte General)
ATS, AATS	Auto/s del Tribunal Supremo
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (Código civil alemán)
BGH	Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo federal alemán)
CCP	Comentarios al Código Penal
CE	Constitución Española de 1978
cfr.	confróntese
cit.	citada
coord.	coordinador/es
CP	Código Penal
CPC	Cuadernos de Política Criminal
dir.	director/es
DP	Derecho Penal
ed.	edición, editor/es
EJBC	Enciclopedia Jurídica Básica, Madrid, Civitas
FG.	Festgabe (Libro Homenaje)
FS.	Festschrift (Libro Homenaje)
GA	Goltdammer's Archiv für Strafrecht
GG	Grundgesetz (Ley fundamental alemana)
introd.	introducción
JA	Juristische Arbeitsblätter
JR	Juristische Rundschau
JRE	Jahrbuch für Recht und Ethik
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristische Zeitung
La Ley	Revista Jurídica Española La Ley
LH	Libro Homenaje
LK	Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar
MK	Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch
NEJ	Nueva Enciclopedia Jurídica, Barcelona, Seix
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NK	Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch
nm.	número/s marginal/es
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
núm., núms.	número, números
op. cit.	<i>Opus citatum</i> (lat.): obra citada
p., pp.	página, páginas
párr.	párrafo

PE	Parte Especial
PG	Parte General
PJ	Revista del Poder Judicial
RDPCr	Revista de Derecho Penal y Criminología
RFDUCM	Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid
RG	Reichsgericht (Tribunal Supremo del Imperio alemán)
RAJ	Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia
RP	Revista Penal
s., ss.	siguiente, siguientes
<i>scil.</i>	<i>Scilicet</i> (lat.): es decir, referido a
SK	Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch
StGB	Strafgesetzbuch (Código penal alemán)
STS, SSTs	Sentencia/s del Tribunal Supremo
S/S	SCHÖNKE, Adolf; SCHRÖDER, Horst, Strafgesetzbuch. Kommentar
t.	tomo
trad.	traducción
TS	Tribunal Supremo
SK	Systematischer Komentar zum Strafgesetzbuch
<i>v. gr.</i>	<i>verbi gratia</i> (lat.): por ejemplo
<i>vid.</i>	<i>videtur</i> (lat.): véase
vol.	volumen
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

INTRODUCCIÓN

No cabe duda de que la antijuridicidad, como elemento del sistema del delito, ha sido objeto de una evolución reveladora en el desarrollo de la dogmática académica. Tras un primer estadio en que se benefició de la concepción belingniana meramente descriptiva del tipo, el traslado posterior a esta última categoría de todas las referencias normativas para la fundamentación del injusto determinó que hoy en día sea estudiada en las facultades de Derecho como el elemento equivalente a la ausencia de causas de justificación.

Junto a lo anterior, la aparición del sistema funcionalista orientado a las finalidades político-criminales incurrió en una paradoja evidente: si bien dotó de un contenido teleológico preciso al resto de categorías del delito, la antijuridicidad se concibió de modo genérico como el ámbito de la solución social de conflictos, de la regulación social de intereses y contraintereses.

El trabajo que aquí se presenta, bajo el título “Función y límites de la justificación penal”, pretende efectuar un estudio transversal de las causas de justificación centrado en explicitar las referencias teleológicas que deben impregnar el análisis de dicho nivel del delito, bajo la dialéctica funciones-límites que ha caracterizado la evolución de la categoría.

El objeto de la obra es articular una propuesta de modelo alineada con la introducción de los fines político-criminales que entiendo deben regir en esta sede, al tiempo que revisar los modelos

desarrollados hasta la fecha desde una perspectiva eminentemente crítica.

Para ello he procedido en primer lugar a agrupar las construcciones elaboradas en tres grandes modelos, que he denominado el modelo unitario de antijuridicidad, el modelo diferenciador no teleológico de antijuridicidad y el modelo diferenciador teleológico de antijuridicidad.

Junto a los tres anteriores se añade un cuarto paradigma, precisamente el que pretende articular la dialéctica funciones-límites antes reseñada y que califico a estos efectos de modelo unitario teleológico.

El primer modelo de justificación penal, absolutamente predominante en el debate doctrinal y jurisprudencial, parte de la concepción unitaria de la antijuridicidad y se halla estrechamente ligado al entendimiento formal de ésta, como contrariedad del comportamiento a la norma.

La contradicción que expresa la antijuridicidad formal es unitaria porque toma en consideración el conjunto del ordenamiento jurídico. En este sentido, dos son los presupuestos fundamentales que configuran el modelo: el clásico principio de unidad del ordenamiento jurídico, fuertemente anclado en la teoría general del Derecho y conforme al cual la conformidad a Derecho de la conducta debe reflejar una conclusión unívoca en torno a su juridicidad (*tertium non datur*), de tal modo que no podrá estar al mismo tiempo prohibida y permitida en diversos sectores del ordenamiento; y, en segundo término, la función preventiva que debe revestir la antijuridicidad en el sistema del delito, estrechamente ligada a la anterior y que patentiza la misión de la

justificación centrada en la ratificación de la norma en el contexto concreto.

La delimitación del ámbito de lo permitido debe transmitir un mensaje inequívoco al sujeto involucrado en un contexto justificante, así como a los terceros que puedan llegar a ser víctimas de la intervención del necesitado.

Tales presupuestos se muestran fuertemente anclados en la doctrina tradicional, hasta el punto de que se consideran elementos definidores de las causas de justificación, sin los cuales carecería de sentido la incardinación de la exención de pena en dicho ámbito.

De lo anterior se colige asimismo que las causas de justificación pueden proceder de todas las ramas del Derecho, hallando su aplicabilidad inmediata en el campo del Derecho penal, así como que éstas no sólo excluyen la pena, sino cualquier consecuencia jurídica derivada de la infracción normativa.

En la primera parte del trabajo se ponen de manifiesto las numerosas discordancias que dicho planteamiento halla en su aplicación práctica. No sólo el que supone la conocida regla de responsabilidad civil en el estado de necesidad recogida en el artículo 118.1.3^a de nuestro Código penal, sino que un estudio detallado demuestra que iguales consecuencias pueden predicarse del resto de eximentes justificantes, incluida la legítima defensa.

El análisis efectuado ha puesto de relieve que no es un efecto propio de las causas de justificación excluir cualquier tipo de consecuencia jurídica, sino que ésta acaece en virtud de

referencias teleológicas propias de cada rama del Derecho, que configura el injusto con arreglo a sus propios intereses.

Asimismo, la aplicabilidad inmediata de las causas de justificación extrapenales no es un reflejo del principio de unidad del ordenamiento jurídico, sino que se halla en conexión con el principio de *ultima ratio* del Derecho penal y sus respectivas concreciones en el principio de subsidiariedad y carácter fragmentario de la intervención penal.

También se analizan en el seno del modelo unitario los efectos que éste puede revestir desde la perspectiva procesal, en cuanto la concepción unitaria se inclina por diferir el análisis de las causas de justificación al ámbito del juicio oral, dada la amplitud de factores que incluye en su ponderación.

Debe llamarse no obstante la atención frente a la contradicción que supone inadmitir exclusivamente por razones de técnica probatoria el sobreseimiento libre por causas de justificación en estos supuestos, cuando es frecuente que casos de restricción teleológica de los tipos mediante los criterios propios de la teoría de la imputación objetiva ofrezcan mayor dificultad de prueba y, sin embargo, nadie cuestione la legitimación de la terminación anticipada del proceso.

El modelo que he calificado como diferenciador no teleológico supone una ruptura del postulado unitario con base en consideraciones de diverso signo no vinculadas a fines político-criminales.

La primera quiebra del modelo unitario procedió de las teorías clásicas del ámbito libre del derecho y del espacio libre de

valoración jurídica, que han hallado también su falsación en el ámbito de la lógica deóntica.

Junto a ello se profundiza en el modelo que supone la procedimentalización del Derecho penal, en su aplicación al terreno de la justificación, que simplifica las referencias axiológicas al tiempo que no pretende alcanzar unas exigencias éticas tan elevadas como las intrínsecas a la concepción unitaria.

Los aciertos de dicha categoría y su panorama prometedor ante un mundo cada vez más sometido a los avances tecnológicos y a la dificultad de precisar valoraciones político-criminales inequívocas, contrastan con su discutible incardinación en el ámbito de este elemento del delito: más bien nos hallamos ante una delimitación de la infracción del deber objetivo de cuidado en supuestos específicos y, por tanto, en el escalón anterior del tipo objetivo del delito.

También en el presente trabajo se estudian y rebaten clasificaciones analíticas de las causas de justificación que inciden en la necesidad de dejar un espacio propio a eximentes que no implican la imposición de deberes de tolerancia, o que no fijan de modo genérico la distinción entre el comportamiento prohibido y el permitido.

Por su parte, en el capítulo tercero he procedido a incardinar todas aquellas propuestas que, en contra de lo efectuado por los iniciadores del sistema funcionalista, en su versión moderada, sí proceden a introducir referencias político-criminales válidas en el ámbito de la justificación. Sin embargo, llevan a cabo una introducción perturbadora de nuevas categorías intermedias entre la justificación y la tipicidad de la conducta, ubicando por ello tres

categorías diversas de eximentes en el ámbito de la exclusión del injusto, con la discutible eficacia práctica y solapamiento de fundamentación que ello conlleva.

Entre las propuestas debatidas se hallan categorías tales como las causas negativas de merecimiento de pena, las causas de exclusión de la tipicidad penal o de la relevancia penal, las causas genuinas o propias de exclusión del injusto penal o la escisión de la norma (*Normspaltung*) o ambivalencia de la norma denunciada por Tiedemann, intentos todos ellos que, si bien son loables en su virtualidad de explicitar consideraciones teleológicas en esta sede, no dejan de mantener un concepto general de antijuridicidad junto a aquél y por tanto a concebir las causas de justificación desde una perspectiva unitaria.

En el capítulo cuarto procedo, tras haber analizado críticamente los anteriores modelos en cada uno de los capítulos anteriores, a la formulación abierta del modelo propio de justificación penal, que he calificado de modelo unitario teleológico.

Las razones de tal denominación se hallan en que parto de la base de que todas las causas de justificación deben ser configuradas con arreglo a criterios específicamente penales. Todas las causas de justificación son causas de exclusión del injusto penal. No excluyen la antijuridicidad general de la conducta en todo caso, sino sólo en la medida en que no concurra una valoración contrapuesta en otra rama del ordenamiento.

Me alejo así de la postura tradicional, que se remonta a Binding y a su distinción entre norma de conducta, que procede del conjunto del ordenamiento jurídico, y norma de sanción, en la que se contiene la referencia estrictamente penal.

A mi juicio la norma que contiene el mandato o prohibición es siempre una norma penal, una norma delimitada específicamente porque se dirige a proteger la convivencia social mediante la prohibición bajo amenaza de pena de los comportamientos más graves en su lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos.

No se trata de que las referencias político-criminales y la ruptura del concepto unitario dé lugar a otra subdivisión sistemática en la teoría del delito, sino de reformular la categoría de modo que todas las causas de justificación sean causas de exclusión del injusto penal.

Ello no implica una limitación de los efectos de la concepción unitaria tradicional. Por el contrario, con la reducción de las exigencias en torno al comportamiento justificado pueden tener cabida en este ámbito supuestos de exceso insignificante en la delimitación de los requisitos de las causas de justificación que de otro modo darían lugar a lo sumo a una eximente incompleta, pero no a la exención de la conducta, o justificaciones específicas en relación con determinados tipos penales.

La propuesta contenida en el presente trabajo prescinde de una interpretación meramente cuantitativa del principio del interés preponderante y subraya las referencias deontológicas que construyen el sistema de la justificación penal.

Para ello procedo a una reinterpretación de los conceptos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la sanción penal en el terreno de las eximentes justificantes.

En cuanto a la idoneidad de la sanción, en dicho criterio se incardinan el conjunto de los fines preventivos perseguidos mediante la norma autorizante: la protección de la sociedad mediante la prohibición bajo amenaza de pena de determinados comportamientos, poniendo de manifiesto que desde el punto de vista de la teoría de las normas la justificación penal no se basa en la delimitación entre lo permitido y lo prohibido, sino entre el comportamiento prohibido bajo sanción penal y el permitido, lo cual debe presidir la idoneidad de la sanción en el examen del contexto justificante.

En el ámbito de la necesidad de pena hallan su concreción los principios de *ultima ratio*, subsidiariedad y fragmentariedad de la intervención penal, así como el conjunto de garantías que deben guiar la declaración de una conducta como relevante penalmente en el conflicto intersubjetivo. Se alude a necesidad de pena no como elemento contrapuesto al merecimiento de pena, distinción ésta sin ninguna virtualidad analítica y ya superada en el debate doctrinal, sino como expresión de los principios garantísticos que deben regir también la exclusión del injusto penal.

En este ámbito debe dilucidarse la dialéctica entre fines de la pena y garantías constitucionales, que es evidenciada en el debate actual mediante la existencia de criterios tanto extensivos como restrictivos en la interpretación de las concretas causas de justificación, en función de consideraciones político-criminales (estado de necesidad estatal, restricciones ético-sociales de la legítima defensa, etc...).

Finalmente, en el ámbito de la proporcionalidad en sentido estricto, la referencia teleológica válida considero que viene constituida por el principio de insignificancia y otros *topoi* propios del ámbito de la

teoría de la imputación objetiva, que en mi opinión deben también ser introducidos con mayor intensidad en el debate futuro de las causas de justificación.

A través de dicha premisa la justificación basada en criterios específicamente penales permite también afirmar la exención de responsabilidad en supuestos de superación no penalmente relevante de los requisitos no esenciales de las causas de justificación, ausencia de creación de un riesgo residual penalmente relevante o en casos de no producción de un daño mayor en el contexto situacional justificante.

No constituye elemento definidor de la justificación penal la imposición generalizada de deberes de tolerancia frente a terceros, sin perjuicio de que la regla de proporcionalidad sea precisamente el elemento que module la intensidad de la reacción admisible por parte de la víctima de la intervención en función de la situación de necesidad.

Mediante la propuesta de un modelo teleológico de justificación penal se abre en definitiva el campo a una futura reinterpretación de las concretas eximentes justificantes que, más allá de la solución social de conflictos, permita reducir la violencia de la intervención punitiva estatal y adecuar la resolución del caso a los fines y garantías específicamente penales.

SUMMARY

There is no doubt that unlawfulness, as an element of the system of the offence, has been the object of a revealing evolution in the development of academic dogmatics. After an initial phase in which it benefited from the merely descriptive Belingian conception of the category, the subsequent transfer to this last category of all the regulatory references for the founding of what is illicit determined that nowadays it is studied in Law faculties as the equivalent element to the absence of grounds for justification.

Along with the above, the appearance of the functionalist system oriented to politico-criminal purposes incurred an obvious paradox: although it endowed the rest of the categories of offence with a precise teleological content, unlawfulness was conceived generically as the sphere of the social solution of conflicts, of the social regulation of interests and counter-interests.

The work presented here, under the title “Function and limits of the penal justification,” intends to carry out a transversal study of the causes of justification centred on making explicit the teleological references which must impregnate the analysis of the said level of offence, under the dialectic of functions-limits which has characterised the evolution of the category.

The object of this study is to articulate a proposal of model aligned with the introduction of the politico-criminal purposes which I believe must govern in this matter, while at the same time

reviewing the models developed to date from an eminently critical perspective.

To do so, I have proceeded in the first place to group together the cited constructions into three main models, which I have named the unitary model of unlawfulness, the non-teleological differentiating model of unlawfulness and the teleological differentiating model of unlawfulness.

Along with these three, I add a fourth paradigm, precisely that which seeks to articulate the aforesaid functions-limits dialectic and which I classify to these effects as a teleological unitary model.

The first model of penal justification, which is absolutely dominant in the legal doctrine and jurisprudence debate, is based on the unitary conception of unlawfulness and is closely linked to its formal understanding as a breach of the rules by the conduct.

The contradiction expressed by formal unlawfulness is unitary because it takes the entire legal system into account. In this regard, the model is based on two basic premises: the classic principle of the unity of the legal system, which is strongly anchored in the general theory of Law, by which the compliance with the Law of a conduct must yield a univocal conclusion regarding its lawfulness (*tertium non datur*), in such a way that it cannot be prohibited and allowed at the same time in different parts of the legal system; and secondly on the preventive function of unlawfulness in the offence system, which is closely linked to the foregoing, and expresses the mission of justification, focusing on the ratification of the norm in the specific context.

The delimitation of the scope allowed must convey an unequivocal message to the subject involved in a justifying context, as well as to any third parties that might be the victims of the involvement.

These premises are firmly anchored in traditional doctrine, to the extent that they are regarded as defining elements of the ground for justification, without which the incardination of the exemption from a penalty in this domain would be meaningless.

The first part of this work described the many discrepancies that this approach has in its practical application. Not only the one entailed by the well-known rule of civil liability in necessity given in article 118.1.3 of the Spanish Criminal Code (*Código Penal*), but also detailed study shows that the other justifying exemptions, including legitimate defence, have the same consequences.

The analysis performed has shown that excluding any type of legal consequence is not an effect proper to grounds for justification, but rather this consequences is the effect of teleological references proper to each branch of the Law, which configures what is illicit in accordance to its own interest.

Likewise, the immediate applicability of the extra-penal grounds for justification is not a reflection of the principle of the unity of the legal system, but rather it is connected to the *ultima ratio* principle of Criminal Law and its respective specifications in the principle of subsidiarity and the fragmentary nature of penal intervention.

The effects of the unitary model from a procedural point of view are also examined, as the unitary conception delays the analysis of the grounds for justification until the hearing, given the number of factors included in its assessment.

The model that I have described as the non-teleological differentiating model is a break from the unitary model, on the basis of various considerations that are not linked to political-criminal purposes.

The first break from the unitary model came from the classic theories of the free scope of the law and the free scope of legal assessment, which have also been falsated in the field of deontic logic.

In addition, the application of the Criminal Law proceduralisation model to the field of justification is examined in depth, as it simplifies axiological references and does not attempt to meet such high ethical demands as those intrinsic to the unitary model.

The success of this category and its promising future in a world increasingly subject to technological advances and to the difficulty of providing unequivocal political-criminal assessments stand in contrast to its debatable incardination in the field of this element of the offence; rather this is a delimitation of the infringement of the objective duty of care in specific cases, and thus one rung below the objective type of offence.

This work also examined and counters analytical classifications of the grounds of justification that have an impact on the need to leave a space to exempting circumstances that do not entail the

imposition of duties of tolerance, or which do not generically establish a distinction between prohibited and allowed conducts.

In chapter three, I have incardinated all the proposals that, as opposed to the initiators of the functionalist system, in its moderate version, do introduce valid political-criminal references within the scope of justification. However, they introduce disturbing new intermediate categories between justification and the classification of conduct, thus locating three different categories of exemption within the scope of the exclusion of unfairness, with the ensuing debatable practical effectiveness and overlap of grounds.

The proposals discussed include such categories as negative grounds for penalties, the grounds for exclusion from penal classification or penal relevance, genuine grounds or grounds proper to exclusion from what is penally illicit, and the split of the norm (*Normspaltung*) or ambivalence of the norm stated by Tiedemann. Even though these attempts are praiseworthy in their intention of making teleological considerations explicit, they all retain a general concept of unlawfulness, and thus conceive of the grounds for justification from a unitary point of view.

In chapter four, after having critically examined the aforementioned models in each of the previous chapters, I openly formulate the teleological unitary model of penal justification.

This denomination is based on the fact that my initial premise is that all grounds for justification must be configured in accordance with specifically penal criteria. All grounds for justification are grounds for exclusion from what is penally illicit. They do not exclude the general unlawfulness of the conduct in all cases, but

only to the extent that there is no contradictory assessment in another branch of the legal system.

Thus I break from the traditional position, which goes back to Binding and his distinction between a conduct norm, which is based on the entire legal system, and a sanction norm, which specifies that strictly penal reference.

In my view, the norm that specifies the mandate or prohibition is always a criminal norm, a specifically delimited norm as it is aimed at protecting social co-existence through a prohibition under the threat of a penalty for the most serious conducts that damage or endanger legal rights.

The political-criminal references and the break from the unitary concept do not result in another systematic subdivision in the theory of offence, but rather the category is reformulated in such a way that all grounds for justification are grounds for exclusion from what is penally illicit.

This does not entail a limitation of the effects of the traditional unitary conception. On the contrary, with the reduction of the demands regarding justified conduct, instances of insignificant excess in the delimitation to the requirements for the grounds of justification can be accepted which would otherwise at more give rise to incomplete exception, but not to exemption of conduct or to specific justifications regarding certain penal classifications.

The proposal made in this work does not include a merely quantitative interpretation of the principle of the prevalent interest and underlines the deontological references that constitute the penal justification system.

To this end, I reinterpret the concepts of suitability, necessity, and proportionality of the penal sanction in the field of justifying exemptions.

As for the suitability of the sanction, this criterion includes all the preventive purposes sought by the authorising norm: the protection of society by means of the prohibition under the threat of penalty for certain conducts, stating that, from the point of view of norm theory, penal justification is not based on the delimitation between what it allowed and what is prohibited, but between a conduct that it prohibited under a penal sanction and an allowed conduct, which must govern the suitability of the

The principles of *ultima ratio*, subsidiarity, and fragmentary nature of the penal intervention are specified by the necessity of a penalty, as are the guarantees that must govern the declaration of a conduct as penally relevant in the intersubjective conflict. The necessity of a penalty is not mentioned as an element opposed to the deserving of a penalty, as this distinction has not analytical power and is already obsolete in the doctrinal debate. Rather it is an expression of the principles of guarantee that should also govern the exclusion from what is penally illicit.

It is in this field that the dialectics between purposes of the penalty and constitutional guarantees must be examined, as reflected in the current debate in the existence of both extensive and restrictive principles in the interpretation of the specific grounds for justification, on the basis of political-criminal considerations (state necessity, ethical-social restrictions on legitimate defence, etc.)

Finally, in the field of proportionality *stricto sensu*, I believe that valid teleological reference is constituted by the principle of insignificance and other *topoi* proper to the field of the theory of objective causation, which in my view should also be introduced more intensely in the future debate on the grounds for justification.

By means of this premise, justification based on specifically penal criteria also makes it possible to declare the exemption from liability in cases of penally irrelevant compliance with requirements that are not essential to the grounds for justification, the absence of the creation of a penally relevant residual risk, and in cases of non-generation of greater damage within the justifying situation context.

The generalised imposition of duties of tolerance towards third parties does not constitute a defining element of penal justification, without prejudice to the fact that the proportionality rule is precisely the element that modulates the intensity of the admissible reaction on the part of the victim of the intervention on the basis of necessity.

By proposing a teleological model of penal justification, the field is opened to future reinterpretation of the specific justifying exemptions that, beyond the social solution of conflicts, will make it possible to reduce the violence of the State's punitive intervention and adapt the resolution of the case to specifically penal purposes and guarantees.

CAPÍTULO PRIMERO

EL MODELO TRADICIONAL: LA CONCEPCIÓN UNITARIA DE LA ANTIJURIDICIDAD

I.- INTRODUCCIÓN: LA INADECUACIÓN DE LA FUNCIÓN UNITARIA DE LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN PARA DAR RESPUESTA A LAS EXIGENCIAS DE UN SISTEMA FUNCIONALISTA

Cuando en su obra programática “Política Criminal y Sistema del Derecho Penal”, Claus Roxin procedió a la atribución de funciones político-criminales a cada una de las categorías conceptuales que componen el sistema del delito, el contenido otorgado al elemento de la antijuridicidad quedó circunscrito a una función esencial: la de ser el sector de las soluciones sociales de conflictos, el campo en el que chocan los intereses individuales opuestos o las exigencias sociales con las necesidades del individuo¹.

¹ ROXIN, C., *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal* (traducción Muñoz Conde), Ed. Bosch, 1972, p. 40. En el mismo sentido se expresa en *Die notstandsähnliche Lage-ein Strafunrechtsausschliessungsgrund?*, en FS für D. Oehler, 1985, pp. 181 y ss.; *Rechtfertigungs-und Entschuldigungs-gründe in Abgrenzung von sonstigen Strafausschliessungsgründen*, en ESER, A.-FLETCHER, G., (Hrs.) *Rechtfertigung und Entschuldigung. Rechtsvergleichende Perspektiven*. 7/1. Freiburg, Max Planck, 1987, pp. 229 y ss. (p. 235 : “Cuando contemplo la tarea de la categoría de la justificación como la regulación socialmente correcta de intereses y contraintereses y por tanto reconduzco todas las causas de justificación al principio de la ponderación de intereses, me separo de la teoría pluralista, o mejor, dualista, fundada por Mezger, la cual sitúa conjuntamente en las causas de justificación el principio del interés preponderante y de la ausencia de interés y que con el segundo caso fundamentalmente pretende abarcar el consentimiento.”).

De este modo, el iniciador del sistema funcionalista, frente al contenido específicamente penal del que dota a los escalones de la tipicidad y la culpabilidad, utilizaba un criterio general para la incardinación de las causas de justificación en dicho sistema. Se ponía por tanto de relieve la dificultad de precisar una función político-criminal válida en esta sede y se enlazaba así la loable tarea de orientar el sistema del delito a las funciones del Derecho Penal con el mantenimiento, sin embargo, de un concepto de antijuridicidad que no difería, en sus rasgos esenciales, del tradicional y prevalente en la actualidad concepto unitario de antijuridicidad².

Al mismo tiempo, los desarrollos posteriores han venido conformando la existencia de una paradoja en la evolución de la teoría del delito. Mientras que las categorías de la tipicidad y de la culpabilidad han experimentado un extraordinario desarrollo desde la perspectiva funcionalista, fundamentalmente a través, respectivamente, de las teorías de la imputación objetiva y de las atinentes a la prevención general, la antijuridicidad sigue siendo considerada mayoritariamente como un concepto general y unitario, que expresa la relación de conformidad o disconformidad a derecho del comportamiento típico y que, por consiguiente, su negación a través de las causas de justificación debe eliminar toda consecuencia jurídica³.

² Así, la afirmación de un concepto unitario por el autor le permite fundar con base en él la distinción entre las causas de justificación y las causas de exculpación, señalando que las primeras marcan los límites entre el Derecho y el injusto y deciden colisiones de intereses, por lo que se trata de un problema a cuya solución pueden contribuir todos los ámbitos del ordenamiento jurídico, mientras que las causas de exculpación son una materia puramente penal, al girar en torno al hecho de si un comportamiento socialmente dañoso puede o debe ser castigado debido a las circunstancias especiales del caso. *Vid.* ROXIN, *Rechtfertigungs-und Entschuldigungs-gründe*, *ob. cit.*, p. 234.

³ Manifestándose con carácter general a favor de una concepción unitaria de la antijuridicidad, véase, por ejemplo, ENGISCH, K., *Die Einheit der*

La concepción unitaria de la antijuridicidad se erige, por tanto, en la postura mayoritaria en los sistemas dogmáticos europeos, resultando excepcional su cuestionamiento en el ámbito penal hasta tiempos más cercanos, en los que obras fundamentales como la de Hans-Ludwig Günther, *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss*, o reformas legales como la motivada en Alemania por el parágrafo 14.3 de la Ley de Seguridad Aérea y su posterior inconstitucionalidad, dieron lugar a un extraordinario reavivamiento de la polémica, que ha sido catalogada por algunos autores como la moderna problemática de las causas de justificación⁴. ¿Excluyen éstas siempre toda responsabilidad o únicamente la penal? ¿Cabe hablar de una antijuridicidad específicamente penal? ¿Son necesarias construcciones

Rechtsordnung, 1935, pp. 55 y ss.; FISCHER, H.A., *Die Rechtswidrigkeit mit besonderer Berücksichtigung des Privatrechts*, 1911, pp. 110 y ss.; GROPP, W. AT, 4ª ed, 2015, pp. 180-181; HIRSCH, H.J., en *LK-StGB*, 11 ed., 1994, ante parágrafo 32, nm. 10; JESCHECK/WEIGEND, AT, 5ª ed., 1996, p. 327; KERN, E., *Grade der Rechtswidrigkeit*, ZStW, 64, 1952, p. 262; LANGE, R., *Gesetzgebungsfragen bei den Rechtfertigungsgründen*, en H. V. Weber-FS (1963), pp. 162 y ss.; LENCKNER/STERNBERG-LIEBEN, en *S/S-StGB*, 29 ed., 2014, ante parágrafo 32, nms. 9 y 27; MAURACH/ZIPF, AT, 8ª ed., 1992, p. 344; RÖNNAU, T, *LK-StGB*, 12ª ed., 2015, ante parágrafo 32, nm. 20; ROSENAU, H., *StGB Strafgesetzbuch Kommentar*, 2ª ed., 2014, ante parágrafo 32, nm. 6; ROXIN, C., AT I, 4ª ed., 2006, 14/31; RUDOLPHI, H.J., *Rechtfertigungsgründe im Strafrecht*, en Armin Kaufmann-GS, 1989, p. 377 y passim; SAMSON, E., en *SK-StGB*, 4ª ed., 1983, ante parágrafo 32, nm. 19; SCHMIDHÄUSER, E., AT, 2ª ed., 1984, p. 138; TRIFFTERER, O., AT, (1985), p. 205.

En la doctrina española pueden citarse como ejemplo del sentir mayoritario a favor de un concepto unitario de antijuridicidad: CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal español II, Teoría Jurídica del delito (1)*, 6ª ed., 1998, pp. 179 y ss.; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, PG, 6ª ed., 1999, p. 471; LUZÓN PEÑA, D. M., *Causas de atipicidad y causas de justificación*, en Causas de justificación y de atipicidad en Derecho Penal, 1995, pp. 26-27; MUÑOZ CONDE, F/GARCÍA ARÁN, M., PG, 9ª ed., 2015, pp. 310-311; RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Consideraciones generales sobre la exclusión de la antijuridicidad*, en Antón Oneca-LH, 1982, p. 510.

En la doctrina italiana, cfr., v.g.: MARINUCCI, G., voces *Antigiuridicità*, pp. 181 y ss., y *Cause di giustificazione*, pp. 134-136, en *Digesto delle Discipline Penali*, 1987; el mismo, *Fatto e scriminanti. Note dottrinarie e politico-criminali*, RIDPP, 1983, 1228 y ss.; ROMANO, M., en *Comentario sistematico del Codice Penale*, 1987, p. 443; VASSALLI, G., *La dottrina italiana dell'antigiuridicità*, en H.J. JESCHECK-FS, t. I, 1985, p. 427.

⁴ Así, BACIGALUPO, E., *Principios de Derecho penal*, PG, 5ª ed., 1998, p. 255.

intermedias entre la antijuridicidad y la culpabilidad para acoger los supuestos de disminución considerable del injusto que sin embargo suponen una infracción de la norma? En todo caso, la cuestión que late en el fondo versa sobre los efectos que debe conllevar un sistema funcionalista consecuente en la dogmática tradicional de las eximentes justificantes.

El origen de la insuficiencia en el análisis funcionalista de la justificación penal puede hallarse en la misma fórmula planteada por Roxin, al no constituir ésta a mi juicio un criterio con la suficiente virtualidad discriminadora.

Ello se debe, en primer lugar y como ha indicado Amelung⁵, al hecho de que el propio tipo penal ya se configura como el resultado de una solución social de conflictos, entre puntos de vista favorables y contrarios a la conminación penal, que implica valorar tanto los bienes jurídicos que se estiman merecedores de protección penal como los “intereses opuestos” que convierten a determinadas lesiones o puestas en peligro en tolerables.

En segundo término, la fórmula empleada por Roxin adolece de la precisión necesaria. Así, se limita a proporcionar un criterio general, descriptivo⁶, sin aportar aquello que debe ser propio de

⁵ AMELUNG, K., *Zur Kritik des kriminalpolitischen Strafrechtssystems von Roxin*, JZ, 1982, pp. 617 y ss. El autor analiza la finalidad que debe cumplir el tipo penal en el ámbito de la sistemática funcionalista, llegando a la conclusión de que ésta consiste en la descripción de un injusto punible (merecedor y necesitado de pena) como injusto agravado, en el que tendrán cada vez más incidencia las consideraciones juridico-constitucionales de proporcionalidad, necesidad e idoneidad de la reacción penal. Sin embargo, limita dichas consideraciones al ámbito de la tipicidad, sin extenderlas a la dogmática de las eximentes justificantes.

⁶ ROXIN llega a la conclusión de que dicha regulación de intereses colisionantes es el único principio común a todas las causas de justificación, existiendo al mismo tiempo un número limitado de principios ordenadores materiales los cuales determinan a través de su combinación el contenido concreto de dichas causas (principios de autoprotección, prevalencia del

un sistema funcionalista: la determinación de los criterios valorativos con los que debe operarse en la elaboración de las categorías conceptuales.

En esta línea, la dogmática actual está poniendo de manifiesto la insuficiencia del principio del interés preponderante o de los de ponderación de intereses o valores, en sus diferentes terminologías, al orientarse estrictamente a una visión utilitarista del supuesto concreto (empleándose aquí por los autores el término “utilitarismo” con falta de propiedad, en cuanto se aleja de su consideración como teoría ética normativa de la filosofía moral, campo de donde proviene el término: más bien cabría hablar aquí de un utilitarismo consecuencialista), pero que no considera las implicaciones axiológicas que se derivan de nuestro texto constitucional⁷.

La conclusión que se deduce es la siguiente: no es posible reconducir todas las eximentes justificantes al principio de ponderación de intereses, sino que se deberán analizar los

derecho, proporcionalidad, ponderación de bienes y autonomía), manifestando sin embargo finalmente que un *numerus clausus* de principios es tan poco posible como una sistematización cerrada de las causas de justificación. Así, en *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*, ob. cit., pp. 57 y ss, o en *Strafrecht*, AT, 4ª ed., 2006, 14/37 y ss.

⁷ En esta línea pueden incardinarse las propuestas de fundamentar la justificación con base en los principios de autonomía individual y solidaridad intersubjetiva de BALDÓ LAVILLA, F., *Estado de necesidad y legítima defensa*, 1994, passim, o JAKOBS, G., AT, 2ª ed., 1991, 11/3-3ª (fundamentales también FRISTER, H, AT, 7ª ed., 2015, 17/1 y ss.; KÜHL, K., AT, 7ª ed., 2012, 8/8; el mismo, en *Freiheit and Solidarität bei den Notrecheten*, en *Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag*, Berlin/New York, 1999, p. 259; PAWLIK, M., *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, p. 112; el mismo, en *Der Rechtfertigende Defensivnotstand im System der Notrechte*, GA 2003, p. 12; RENZIKOWSKI, J., *Notstand und Notwehr*, 1994, p. 196). Como ha indicado en nuestra doctrina LARRAURI PIJOÁN, *Causas de justificación: criterios de identificación*, Justificación material y justificación procedimental en el derecho penal, ed. tecnos, 1997, p. 118, “todas las causas de justificación no tienen su fundamento en las consecuencias sociales del comportamiento o, en otros términos, las razones por las cuales se decide autorizar un comportamiento depende de la existencia de unos principios justificantes que deben ser objeto de mayor discusión”.

fundamentos que subyacen al sistema de causas de justificación y que van más allá de una operación aritmética de ponderación.

Al mismo tiempo, la normativización y la tendencia a construir el sistema dogmático del delito en atención a los fines político-criminales operada por el sistema funcionalista están conduciendo en la actualidad al cuestionamiento en la doctrina española y extranjera de los efectos tradicionalmente atribuidos a las causas de justificación, entre los que se incluye el principio generalmente aceptado de que las mismas excluyen toda responsabilidad jurídica⁸.

Así, desde la concepción unitaria de la antijuridicidad se había señalado mayoritariamente que las causas de justificación cumplen una esencial función preventiva, que en todo caso debe revestir la categoría de la antijuridicidad, cual es la de distinguir con claridad entre el comportamiento antijurídico y el comportamiento conforme a derecho, concebido desde la perspectiva del conjunto del sistema jurídico.

Por tanto, la concurrencia de una causa de justificación permitiría afirmar la existencia de un derecho de intervención por parte del sujeto amparado por ella, con el correlativo del deber de tolerancia del afectado por dicha intervención, y con la exclusión de cualquier responsabilidad civil o administrativa.

⁸ Fundamentales a este respecto, además de la obra de Günther antes mencionada y manifestándose tanto a favor como en contra del mantenimiento del concepto unitario de antijuridicidad, son las discusiones contenidas en las obras colectivas ESER, A. y FLETCHER, G. (Hrsg.), *Rechtfertigung und Entschuldigung. Rechtsvergleichende Perspektiven*, Max Planck, Freiburg, 1987, y LUZÓN PEÑA/MIR PUIG (eds.), *Causas de justificación y de atipicidad en derecho penal*, ed. Aranzadi, 1995.

Sin embargo, todos estos presupuestos tradicionales aparecen en la actualidad desvirtuados si se confrontan con la realidad jurídica del caso y con el papel que debe cumplir el elemento del delito antijuridicidad dentro de un sistema orientado a las finalidades político-criminales del Derecho Penal.

La concreción de la antijuridicidad como una categoría general, unitaria dentro del ordenamiento jurídico y cuya negación a través de justificantes requiere un juicio global de conformidad a derecho, se aleja nítidamente de lo que debe ser una construcción teleológica del sistema y una puesta de manifiesto de las funciones que a éste le son inherentes⁹.

Se hace necesario, pues, deconstruir las ideas recibidas en este ámbito, partiendo del análisis de los presupuestos que subyacen a la concepción unitaria de la antijuridicidad, en orden a desvelar la compatibilidad de los mismos con un sistema dogmático que pretenda introducir los principios rectores político-criminales en su estructura básica, así como a indagar si, más allá de la “solución social de conflictos”, existen otras fórmulas válidas para integrar las causas de justificación en un sistema con

⁹ El mismo Roxin, al plantearse la cuestión de si la juridicidad o antijuridicidad de una acción debe ser determinada de manera unitaria para todo el ordenamiento jurídico, terminará afirmando la posibilidad de casos de especial exclusión del injusto penal, dejando a salvo responsabilidades en otros ámbitos. En este sentido, se hace referencia a los casos de consentimiento presunto, en el que los requisitos para su validez son menos estrictos en el derecho penal, y a los de uso de fuerza excesiva antirreglamentaria que no puede ampararse por el cumplimiento de un deber pero que no impide que pudieran concurrir legítima defensa o estado de necesidad, que eliminarán el injusto penal y no así la responsabilidad administrativa. En todo caso, señala el autor, estos supuestos revestirán carácter excepcional, al proceder la gran mayoría de las causas de justificación de otros sectores jurídicos aplicándose sin más en derecho penal, e incluso reconociéndose generalmente las causas de justificación específicamente penales en los restantes sectores, como lo demuestra la aplicación de la legítima defensa y el estado de necesidad también en el derecho civil, ROXIN, C., AT, 4ª ed., 2006, 14/31-36.

pretensiones de acercar la dogmática académica a las funciones del Derecho Penal.

II.- PRESUPUESTOS DOGMÁTICOS DEL CONCEPTO UNITARIO DE ANTIJURIDICIDAD

1.- EL PRINCIPIO DE UNIDAD DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO Y SUS REPERCUSIONES EN LA JUSTIFICACIÓN PENAL

A) Planteamiento

“El ordenamiento jurídico conoce tan sólo un concepto unitario de antijuridicidad. Diferentes son solamente las consecuencias de la acción antijurídica en los particulares ámbitos jurídicos...Conforme a ello deben también las causas de justificación ser extraídas de la totalidad del ordenamiento jurídico. **Rige el principio de unidad del ordenamiento jurídico**”.¹⁰

Las anteriores afirmaciones de Jescheck constituyen un ejemplo ilustrativo de la interrelación fundamental existente entre el principio de unidad del ordenamiento jurídico y la concepción unitaria de la antijuridicidad. En atención a ésta, la antijuridicidad llevaría a cabo la misión de unificar el derecho penal con el resto del ordenamiento jurídico¹¹.

¹⁰ JESCHECK/WEIGEND, AT, 5ª ed., 1996, p. 327 (negrita añadida).

¹¹ En este sentido, *vid.*, por todos, HIRSCH, H.J., *LK-StGB*, ante parágrafo 32, nm. 10: “La antijuridicidad expresa la contradicción con el ordenamiento jurídico en su globalidad... El Derecho constituye una unidad cerrada”;

Así, tras el general abandono de la concepción belingniana meramente descriptiva de la tipicidad, y el consiguiente traslado a dicho ámbito de contenidos valorativos específicamente penales, en el espacio de la antijuridicidad, en cuanto elemento del delito, se trataría de juzgar la relación de contradicción entre el hecho y el conjunto del ordenamiento jurídico.

En consecuencia, la comprobación del dato de si una conducta típica resulta ser, en el plano de lo concreto, antijurídica, requerirá un examen de todos los permisos y deberes dispersos en el ordenamiento. Este examen deberá conducir a una conclusión unívoca: la conducta es conforme a derecho o, por el contrario, antijurídica.

Como derivación de lo anterior, las causas de justificación ostentan, desde esta concepción tradicional, la función de excluir toda la antijuridicidad de la conducta, el juicio de antijuridicidad general que declara, frente a todos, que el comportamiento típico realizado es, en consideración a las circunstancias especiales del caso, conforme a derecho.

Los fundamentos básicos de dicho concepto unitario se suelen remontar por los autores que se han ocupado del tema a BINDING, y concretamente a la distinción que el mismo efectúa entre la norma, como concepto global que expresa las exigencias jurídicas generales de comportamiento, y la ley penal, a través de la cual se produce la sanción de una infracción concreta de la

ENGISCH, K., *Die Einheit der Rechtsordnung*, p. 58: “La antijuridicidad del comportamiento debe ser siempre determinada en atención a todo el ordenamiento jurídico”.

norma¹². De este modo, la infracción de la norma haría referencia a un concepto unitario y las peculiaridades del derecho penal estribarían en la consecuencia jurídica anudada a la comisión de la infracción: la pena.

No obstante, con anterioridad a la teoría de las normas de Binding debe mencionarse la concepción de un autor, como es Feuerbach, en la que ya aparecieron expresados los postulados fundamentales de la tesis unitaria de la antijuridicidad.

A juicio de Feuerbach, el delito requiere para configurarse, además de la acción lesiva y el dolo o la culpa, la antijuridicidad de la acción, es decir, su falta de conformidad a derecho.¹³

Esta calificación jurídica tendrá como fuente, según Feuerbach, todo el ordenamiento, entendido como un conjunto no contradictorio de normas, de tal manera que “una acción conforme a un derecho o a un deber contradice el concepto del delito”, por lo que “ninguna injuria es concebible si la acción... está justificada por un deber de oficio o profesional o por un derecho especial”.¹⁴

¹² BINDING, K., *Die Normen und ihre Übertretung I*, 2ª ed., 1890, pp. 3 y ss. Desarrolla la vinculación entre la teoría de Binding y la selección del injusto penalmente relevante en este ámbito, ROBLES, R., *Dogmática de los límites al Derecho Penal*, en *Estudios de dogmática jurídico-penal*, editorial B de f, Buenos Aires, 2014, pp. 52-55. Por su parte, reconocen igualmente dicha influencia PERRON, W., *Principios estructurales de la justificación en derechos español y alemán*, en LUZÓN PEÑA/MIR PUIG (eds.), *Causas de justificación y de atipicidad en derecho penal*, ed. Aranzadi, 1995, p. 81, y GÜNTHER, H. L., *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss*, p. 15-16, aunque este último pone de relieve que el propio BINDING posteriormente defenderá un concepto diferenciador de antijuridicidad.

¹³ FEUERBACH, P.J.A., *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, Giessen, 14 ed., 1847, 32/59 y 33/60.

¹⁴ *Ibidem*, 279/463.

La antijuridicidad aparece por tanto en Feuerbach como elemento que expresa la relación de contradicción entre la acción lesiva y el conjunto del ordenamiento, como nota característica de todo injusto.

En todo caso, se configura como un denominador común a todos los partidarios de un concepto unitario de antijuridicidad indiferenciado la necesidad de eliminar las contradicciones valorativas y legales que se derivarían del hecho de que el ordenamiento jurídico adjudique a un mismo supuesto de hecho consecuencias jurídicas excluyentes, de tal manera que prohíba y permita a la vez el mismo comportamiento o incluso lo mande y prohíba¹⁵.

En el plano de la justificación ello conllevará que en un sector del ordenamiento jurídico no se pueda permitir aquello que se prohíbe en otro, afirmándose en este sentido que la función de las causas de justificación en la sistemática del delito se concretaría en evitar las contradicciones entre el Derecho Penal y el resto del ordenamiento jurídico, así como en armonizar las exigencias de comportamiento del mismo con las del conjunto de dicho ordenamiento.¹⁶

¹⁵ Vid., por todos, ENGLISH, K., *Die Einheit der Rechtsordnung*, p. 46 y Kelsen, H., *Reine Rechtslehre*, 2ª ed., 1960, p. 209.

¹⁶ Así, RUDOLPHI, H.J., *Rechtfertigungsgründe im Strafrecht*, GS für Armin Kaufmann, 1989, p. 372, llegando asimismo a la conclusión de que la tarea de las causas de justificación no puede ir más allá de permitir excepcionalmente el comportamiento contrario a la norma, conciliando el derecho penal y el conjunto del sistema jurídico. No obstante, el autor posteriormente introduce consideraciones teleológico-penales en su configuración del grado de conocimiento de los elementos objetivos de justificación, haciendo especial hincapié en el carácter de determinación de las normas penales y en la necesidad de conocimiento del espacio de libertad que le queda al destinatario de la misma, lo cual choca con su concepción unitaria antes expuesta. Así, el mismo, ob. cit., pp. 382 y ss.

De este modo, desde el punto de vista de la concepción unitaria de la antijuridicidad, ésta se equipara generalmente a la contradicción de la conducta con el ordenamiento jurídico en su conjunto, por lo que a ella le compete efectuar el juicio definitivo sobre la concurrencia o no de una proposición permisiva que contrarreste la infracción de la norma de mandato o prohibición contenida en el tipo.

El establecimiento a este respecto de diferenciaciones entre los distintos sectores jurídicos contradice el mandato de ausencia de contradicción derivado del principio de unidad del ordenamiento jurídico, debiendo por consiguiente ofrecer el análisis del comportamiento del autor en el contexto concreto el resultado unívoco antes indicado: su conducta era antijurídica a la luz de todo el ordenamiento jurídico, o, por el contrario, estaba justificada.¹⁷

B) La declaración del comportamiento como antijurídico o justificado ¿*Tertium non datur*?

Con la afirmación de que en virtud de un modelo unitario de antijuridicidad la determinación de la misma debe producirse teniendo en cuenta la totalidad del ordenamiento jurídico, concluyendo en un juicio sobre la antijuridicidad o justificación de la conducta en el caso concreto, se establece en realidad un principio general, regulativo, que precisa de una mayor concreción y bajo el cual se contienen diversos aspectos y objetos de valoración, cuyo tratamiento no siempre debe ser idéntico.

¹⁷ En este sentido, por todos, LENCKNER, T./STERNBERG-LIEBEN, D. en *S/S-StGB*, 29ª ed., 2014, ante parágrafo 32, nm. 8; SCHMIDHÄUSER, E., *Zum Begriff der Rechtfertigung im Strafrecht*, FS für Karl Lackner, Berlin, New York de Gruyter, 1987, p. 86; MAURACH/ZIPF, AT, parágrafo 25 IV, nm. 12; KERN, E., *Grade der Rechtswidrigkeit*, ZStW 64, 1952, pp. 255 y ss.

En este sentido, Günther¹⁸ ha matizado que las consecuencias fundamentales que se derivan de una concepción unitaria de la antijuridicidad, en su sentido tradicional, pueden concretarse en tres grandes grupos por lo que concierne a sus efectos en el ámbito de la justificación penal:

1) Las causas de justificación no se hallan únicamente reguladas en el Código Penal, sino que las mismas deben ser extraídas del conjunto del ordenamiento jurídico.

2) Si el juicio de antijuridicidad es determinado de manera unitaria para todo el ordenamiento, no puede estar prohibido en el resto de los sectores jurídicos (Derecho civil, administrativo...) aquello que el Derecho Penal permite.

3) En los casos de vinculación del Derecho Penal a las decisiones de antijuridicidad de otras ramas del Derecho, no podrá igualmente el mismo justificar comportamientos que los otros sectores jurídicos clasifiquen como antijurídicos.

¹⁸ *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss*, p. 2. Se observa de este modo la conexión de las consecuencias tradicionales evidenciadas por Günther con la necesidad de eliminar las contradicciones que se derivarían del mantenimiento de una concepción diferenciadora, plasmadas fundamentalmente en las dos clases de contradicciones subrayadas por Engisch. Dicho autor hace referencia tanto a la contradicción que supone que un comportamiento de determinada clase esté dentro del ordenamiento jurídico al mismo tiempo prohibido y permitido o prohibido y mandado o mandado y no mandado, así como que determinadas formas incompatibles de comportamiento estén al mismo tiempo mandadas y, en segundo lugar, a la contradicción que conlleva que una conducta concreta aparezca en el supuesto específico según idéntico ordenamiento como prohibida y permitida, es decir, como antijurídica y conforme a Derecho al mismo tiempo, colisión que calificará como propia. Por consiguiente, la interrelación de los distintos sectores jurídicos en materia de justificación se manifiesta como necesaria a efectos de eliminar dichas contradicciones. Así, ENGISCH, K., *Die Einheit der Rechtsordnung*, pp. 46 y ss.

Por su parte, Roxin reconduce las cuestiones que suscita el principio de unidad del orden jurídico respecto del Derecho Penal a dos puntos concretos:

1) ¿Las autorizaciones o derechos de intromisión del Derecho civil o del Derecho público excluyen en todos los supuestos y circunstancias la antijuridicidad de una conducta típica?

2) ¿Significa la prohibición de una conducta en Derecho civil o público en todos los supuestos y circunstancias que dicha conducta, si encaja simultáneamente en el tipo de una Ley penal, supone igualmente un injusto penal?¹⁹

De este modo, el enunciado de las preguntas planteadas pone de manifiesto los dos ámbitos centrales sobre los que gira la aplicación del principio de unidad del orden jurídico en la justificación penal y que pueden concretarse a mi juicio en las siguientes afirmaciones básicas: por un lado, en el hecho de que las causas de justificación proceden no sólo del Derecho Penal, sino de todo el ordenamiento jurídico y, en segundo término, las causas de justificación no sólo eliminan la antijuridicidad penal, sino la antijuridicidad general de la conducta desde el punto de vista del conjunto del sistema jurídico.

A su vez, las dos afirmaciones básicas derivadas del concepto unitario de antijuridicidad conducen al establecimiento de dos consecuencias que se predicen como inmanentes al principio de

¹⁹ ROXIN, C., *AT I*, 4ª ed., 2006, 14/30, el cual, como ha sido indicado anteriormente, responde afirmativamente a la primera pregunta y plantea excepciones a la segunda, como la que constituyen el consentimiento presunto y la aplicación de la legítima defensa y el estado de necesidad al empleo de la fuerza por los funcionarios que infringen las normas específicas de Derecho público, terminando por afirmar que “hay que reconocer con Günther la posibilidad de una específica exclusión del injusto penal.”

unidad del orden jurídico previamente aceptado, y cuya negación implica la contradicción con los presupuestos fundamentales del mismo: 1) Las conductas justificadas en otros sectores jurídicos eliminan la antijuridicidad de la conducta en Derecho penal 2) Las conductas justificadas en Derecho penal excluyen no sólo la pena, sino cualquier otro tipo de consecuencia jurídica proveniente de otros sectores del ordenamiento.

Se trata, por consiguiente, de dos cuestiones claramente diferenciables, con consecuencias igualmente diversas, cuya frecuente confusión y entrelazamiento en orden a evitar supuestas contradicciones axiológicas conlleva la adhesión o distanciamiento de la concepción unitaria de la antijuridicidad²⁰, sin plantearse detenidamente si el principio de unidad del ordenamiento jurídico exige en todo caso una respuesta uniforme a ambos interrogantes o si, por el contrario, la consideración de los fines del Derecho penal y la construcción de un sistema funcionalista coherente requiere una matización a los mismos que no desvirtúe la esencia de dicha unidad sistemática.

Dicho análisis permitirá asimismo indagar si existe un *tertium genus* en el juicio de antijuridicidad que debe recaer en todo caso sobre la conducta delictiva, desde la perspectiva negativa que

²⁰ Por el contrario, entre los autores que efectúan una nítida distinción entre ambos aspectos, con diferente toma de postura ante su solución, debe mencionarse a BACIGALUPO, E., *Principios de Derecho Penal*, PG, 5ª ed., 1998, pp., 252-257; JAKOBS, AT, 2ª ed., 1991, 11/4 y ss.; DíEZ RIPOLES, J.L., *La categoría de la antijuridicidad en Derecho Penal*, pp. 87 y ss.; GÜNTHER, H.L., *Strafrechtswidrigkeit und Straunrechtsausschluss*, passim, el mismo, en *Klassifikation der Rechtsfertigungsgründe im Strafrecht*, FS für Spindel, 1992, p. 189 y ss.; KIRCHHOF, P., *Unterschiedliche Rechtswidrigkeiten in einer einheitlichen Rechtsordnung*, 1978, pp. 8 y ss.; LARRAURI, E., *Función unitaria y función teleológica de la antijuridicidad*, ADPCP 1995, pp. 865 y ss., la misma, en *Causas de justificación: criterios de identificación*, en *Justificación material y Justificación Procedimental en el derecho penal*, 1997, pp. 60 y ss.; ROXIN, C., AT, 14/30-36; THIEL, S.M., *Die Konkurrenz von Rechtfertigungsgründen*, Peter Lang GMBH, 2000, pp. 67-77; TRIFFTERER, *Österreichisches Strafrecht*, AT, 1985, pp. 202-205.

supone la exclusión del injusto a través de las causas de justificación.

C) La procedencia universal de las causas de justificación

a') Apertura del Derecho penal versus principio de ultima ratio

La primera tesis fundamental de la concepción unitaria, concretada en el postulado consistente en que las causas de justificación proceden de todo el ordenamiento jurídico, no sólo deviene en principio razonable en atención al carácter subsidiario del Derecho penal y la vigencia en su seno del principio de *ultima ratio*, sino que la misma aparece incluso corroborada en nuestro derecho positivo por el artículo 20.7 del Código Penal, que declara exento de responsabilidad criminal al que obre en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo.

Ello se derivaría del reconocimiento básico de que los deberes y derechos citados pueden proceder de cualquier sector del ordenamiento. Precisamente esta regulación servirá a numerosos autores para mostrar su adhesión a una concepción unitaria de la antijuridicidad, en tanto en cuanto este artículo demostraría que a la hora de decidir si un determinado comportamiento es contrario o adecuado a Derecho se tiene en cuenta efectivamente el ordenamiento jurídico en su conjunto²¹.

²¹ En este sentido, ANTÓN ONECA, J., *Derecho penal*, 2ª ed., 1986, p. 200; CARBONELL MATEU, J.C., *La justificación penal*, 1982, pp. 117 y ss.; CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal español*, II, PG, 6ª ed., 1998, pp. 179-182; el mismo, *Consideraciones generales sobre las causas de justificación en el derecho penal español*, FS für H.H. Jescheck, Band I, 1985, pp. 443-444; ORTOS BERENGUER, E./GONZÁLEZ CUSSAC, S.L., *Compendio de Derecho Penal*, PG, 4ª ed., 2014, pp. 375-376; RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO

Al mismo tiempo, la necesidad de poner de manifiesto la unidad del ordenamiento jurídico ha sido incluso interpretada como una razón de ser suficiente para el establecimiento del precepto²², frente a la obviedad del principio consagrado por el mismo: quien obra conforme a Derecho no se comporta antijurídicamente²³.

De este modo, con el reconocimiento expreso de la virtualidad justificante de los derechos y deberes dispersos en el conjunto del ordenamiento jurídico, se niega la posibilidad de una antijuridicidad específicamente penal, llegando a interpretarse el artículo 20.7 del Código Penal como una cláusula general de justificación, que permite la apertura del Derecho penal a la totalidad del orden jurídico como fuente de justificación²⁴.

GÓMEZ, *Derecho Penal español*. PG, 18ª ed., p. 410: "...esto supone que para decidir si una conducta es antijurídica hay que preguntarse primero si está permitida o era obligada con arreglo a otras normas jurídicas no penales. Por consiguiente, para formular el juicio sobre la antijuridicidad hay que tener en cuenta la totalidad del Derecho público y privado. Es decir, una conducta no puede ser, v. gr., lícita en el Derecho civil e ilícita en el Derecho Penal. No hay una antijuridicidad específicamente penal."; RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Consideraciones generales sobre la exclusión de la antijuridicidad*, Libro Homenaje a Antón Oneca, 1982, pp. 510-511; SÁINZ CANTERO, J.A., *Lecciones de Derecho Penal*, 3ª ed., 1990, pp. 570 y 571.

²² CERESO MIR, J., *La eximente de obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo*, ADPCP, 1987-II, p. 274: "no obstante, no puede decirse que sea superflua (la eximente del artículo 20.7), pues pone claramente de manifiesto la unidad del ordenamiento jurídico."

²³ ANTÓN ONECA, J., *Derecho Penal*, 2ª ed., 1986, p. 281. La innecesariedad de la eximente es resaltada por los partidarios de la tesis de la superfluidad absoluta de la misma, que concluyen en la incompatibilidad conceptual absoluta entre la conducta conforme a Derecho y el delito. Sobre la misma, con un análisis detallado de las posturas existentes sobre la necesidad o superfluidad del artículo 20.7, MESTRE DELGADO, E., *La eximente de ejercicio legítimo de un derecho y las causas supralegales de justificación penal*, ed. Edisofer sl., Madrid, 2001, pp. 31-38.

²⁴ En este sentido, CARBONELL MATEU, J.C., *La justificación penal*, 1982, pp. 131 y ss., el mismo, en *Comentario al artículo 20.7*, en *Comentarios al Código Penal de 1995*, coordinados por Vives Antón, 1996, p. 180; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho Penal*, PG, 5ª ed., 1999, pp. 471 y ss.; RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal español*, PG, 18ª ed., 1995, pp. 509-510.

Sin embargo, conviene poner de manifiesto la inexistencia de una relación causa-efecto entre la mera apertura del Derecho Penal al resto del ordenamiento y la afirmación subsiguiente de un concepto unitario de antijuridicidad.

Así, la apertura del Derecho penal a otros sectores jurídicos no debe conllevar, frente a lo que *prima facie* pudiera resultar de lo anteriormente indicado, que el sistema dogmático de delito deba regirse por un estricto concepto unitario de antijuridicidad en orden a la declaración del carácter justificado de una conducta.

Por el contrario, si se analizan las diversas concreciones en que se ha plasmado el postulado de la unidad del Ordenamiento en este ámbito, puede observarse que será precisamente la aplicación de principios informadores y referencias teleológicas propias del Derecho Penal lo que determine la eficacia de los derechos y deberes procedentes de otros sectores jurídicos a los efectos de justificar penalmente una conducta.

A este respecto, la afirmación de que las causas de justificación proceden del conjunto del ordenamiento jurídico debe considerarse igualmente vinculada por los fines que suponen el principio de intervención mínima y la referencia al subprincipio de subsidiariedad o *ultima ratio* como principios básicos en la configuración del Derecho Penal en un Estado social y democrático de Derecho.

En este sentido, OCTAVIO DE TOLEDO y HUERTA TOCILDO resaltan la importancia de la caracterización del Derecho penal como *ultima ratio* en orden a actuar, a su vez, como colofón de la idea de unidad del Ordenamiento. Por tanto, si a partir de tal principio le corresponde al Derecho penal una intervención que

representa la última instancia en relación con los demás sectores jurídicos, “tal atributo chocaría abiertamente con la estimación como no justificadas en el terreno penal de conductas autorizadas en otros ámbitos jurídicos. De donde se concluye que, si bien un comportamiento justificado desde el punto de vista penal no tiene por qué estarlo en otras ramas del Derecho, toda conducta justificada en esas otras ramas habrá de apreciarse también justificada desde el punto de vista penal”²⁵.

A su vez, DÍEZ RIPOLLÉS²⁶ parte de la consideración de que el juicio de ilicitud contenido en la categoría de la antijuridicidad se estructura en torno a un injusto penal específico previo, el cual debe someterse a una valoración contextual para comprobar si sigue subsistiendo la ilicitud de la conducta, que en caso afirmativo será en todo caso una ilicitud penal.

La introducción en dicha categoría de intereses extrapenales vendría determinada por dos finalidades directamente relacionadas con el principio de intervención mínima en Derecho penal: en primer lugar, la necesidad de que a partir del injusto cualificado del ilícito penal la definitiva valoración como injusta de una conducta sea consecuencia de una valoración contextual rigurosa, en la que se tengan en cuenta todos los intereses relevantes procedentes de otros sectores jurídicos y, en segundo término, el efecto combinado del principio de intervención mínima

²⁵ OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TOCILDO, *Derecho Penal. PG. Teoría jurídica del delito*, 2ª ed., 1986, p. 186, los cuales, aun afirmando la necesidad de tomar en consideración la unidad del Ordenamiento como punto de horizonte u objetivo que guíe toda argumentación sobre el origen de las causas de justificación, manifiestan sus reservas frente a la misma, en el sentido de que constituye más bien un postulado que una realidad demostrada, apreciándose notables defectos de coordinación entre las distintas ramas que evidencian quebraduras en dicha unidad.

²⁶ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *La categoría de la antijuridicidad en Derecho penal*, ob. cit., pp. 141-156.

y de la edificación del injusto penal sobre los injustos de otros sectores jurídicos determina que a partir de ilícitos específicos direccionalmente coincidentes no quepan soluciones divergentes entre los distintos sectores jurídicos implicados, lo cual sin embargo no sucederá cuando se trate de confrontar declaraciones de ilicitud de varios sectores jurídicos orientadas en perspectivas valorativas no direccionalmente coincidentes, caso en que las posibles divergencias no vulnerarán el principio de unidad del ordenamiento jurídico²⁷.

b') Consideraciones críticas a la vinculación entre la procedencia universal de las causas de justificación y la adopción de un concepto de antijuridicidad general

El hecho de que las causas de justificación procedan del conjunto del ordenamiento jurídico, y por tanto se aluda a un carácter no específicamente penal de las mismas²⁸, no debe conllevar, a mi juicio, la adopción necesaria de un concepto de antijuridicidad general y unitario.

²⁷ Acepta por consiguiente el autor un concepto de antijuridicidad específicamente penal, divergiendo de otros autores críticos con el concepto unitario como Armin Kaufmann o Günther en la defectuosa utilización que éstos realizan, a su juicio, del principio de intervención mínima en el marco del injusto penal genérico, olvidando que éste presupone el injusto penal específico y que su función está esencialmente limitada a neutralizar éste y mostrándose partidario, en definitiva, de la introducción de contenidos político-criminales en las causas de justificación. Así, *ob. cit.*, pp. 156-170.

²⁸ A ello colabora sin duda en el Derecho alemán la inexistencia de un precepto legal como el contenido en el artículo 20.7 de nuestro Código Penal, lo que conduce a numerosos autores a identificar la falta de limitaciones en la procedencia de las causas de justificación con la necesaria adopción de un concepto unitario de antijuridicidad. Así, ENGISCH, *Die Einheit der Rechtsordnung*, p. 58; JESCHECK/WEIGEND, *AT*, 5ª ed., 1996, p. 327; KERN, E., *Grade der Rechtswidrigkeit*, *ZStW* 64, 1952, p. 262; KÜHL, K., *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, 28ª ed. 2014, p. 236; LANGE, R., *Gesetzgebungsfragen bei den Rechtfertigungsgründen*, FS für Hellmuth von Weber, 1963, pp. 162 y ss.; WESSELS, J./BEULKE, W./SATZGER, H., *AT*, 44ª ed., 2015, p. 76.

Se trata, por el contrario, de una aplicación concreta de los fines del Derecho penal al aspecto negativo de la configuración del injusto y, en concreto, a la necesaria afirmación del principio de intervención mínima en esta sede, como referencia teleológica requerida en orden a la reducción de la violencia estatal expresada mediante la prohibición bajo amenaza de pena de las conductas contenidas en el tipo.

De este modo, se produce una coordinación entre el principio de unidad del ordenamiento jurídico y los fines del Derecho penal: supondría una contradicción axiológica frente a ambos la declaración de conductas autorizadas en el derecho civil o administrativo como prohibidas penalmente en el caso concreto, en atención a la consideración de que el Derecho penal debe en todo caso reducir su intervención a lo estrictamente necesario y a la valoración de la pena como último medio para la protección social a través de la prevención de los hechos lesivos²⁹.

Si, avanzando un paso más, se estima el principio de intervención mínima no sólo como un principio informador y limitativo de la actuación penal, sino incluso como un fin específico de este ámbito del Derecho³⁰, la conexión y no contradicción de un sistema teleológico-funcionalista con el postulado de unidad del ordenamiento resulta aun más evidente.

Frente a dicho entendimiento del principio de intervención mínima en materia de justificación, la tradicional divergencia de los partidarios del concepto unitario de antijuridicidad se explica

²⁹ En dicho sentido, apelando al principio de subsidiariedad del Derecho penal como recurso extremo de la política social, ROXIN, C., *AT I*, 4ª ed., 2006, 14/30 y ss.

³⁰ Así acontece en la concepción de los fines del Derecho penal desarrollada por SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, 1992, pp. 246-248.

debido a que dicho principio junto al carácter subsidiario del Derecho penal fue precisamente utilizado, como ha llamado la atención LANGE³¹, por dos construcciones clásicas de nuestra dogmática, la teoría de las normas de BINDING y la concepción del Derecho penal de V. LISZT como protector de bienes jurídicos, como argumento a favor de una antijuridicidad general.

Así, si tal y como expresa BINDING³², la preexistencia de la norma frente a la ley penal implica una naturaleza accesoria del Derecho penal que conlleva una dependencia del mismo frente a los mandatos y prohibiciones del resto del ordenamiento, la determinación de los bienes jurídicos y derechos que deben ser protegidos se produce fuera del ámbito del Derecho penal.

La conclusión que se deducirá de dicha teoría normativa es, en buena lógica, la afirmación de un concepto unitario de antijuridicidad.

Asimismo, la concepción de la pena de V. LISZT³³, como medio de protección del ordenamiento puesta a su vez al servicio de la protección de los bienes jurídicos, estableciendo como peculiaridad de este sector del ordenamiento el carácter reforzado de la misma y no así el género de los intereses protegidos, los cuales pueden pertenecer a distintas ramas del Derecho, constituyó igualmente una base sólida para derivar la necesidad de un juicio de antijuridicidad general y no específico en el sistema dogmático del delito.

³¹ LANGE, R., *Gesetzgebungsfragen bei den Rechtfertigungsgründen*, p.165.

³² BINDING, K., *Systematisches Handbuch der Deutschen Rechtswissenschaft*, 1885, pp. 9 y ss.

³³ V. LISZT, F., *Der Zweckgedanke im Strafrecht*, en *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, I, pp. 126 y ss.

Ambas concepciones sin embargo llegaron a tales conclusiones en el ámbito de la antijuridicidad al partir de una consideración de la norma como concepto independiente y preexistente a la determinación de los fines específicamente penales.

Ello les condujo por tanto a afirmar el carácter accesorio y secundario del Derecho penal delimitado por la tarea de dar protección a los mandatos y prohibiciones configurados fuera de su ámbito, en la línea de la distinción entre norma primaria, como portadora de los mandatos y prohibiciones que regulan la vida en comunidad y la norma secundaria cuya finalidad reside en el mantenimiento e imposición de las normas primarias, efectuada por BIERLING³⁴.

Sin embargo, frente a dichas teorías cabe objetar la necesidad de configuración de la norma primaria como un concepto estrictamente penal, a través del cual se puedan insertar las finalidades propias de esta rama del Derecho, así como la clase de intereses que mediante el mismo se opte por dar protección.

En este sentido, el elemento característico de las normas penales no viene determinado por la simple calificación de una conducta como antijurídica, sino que su aspecto esencial lo constituye la prohibición bajo amenaza de pena de determinados comportamientos que éstas suponen, lo que fundamenta la necesidad de un juicio de desvalor cualificado que no concurre en una norma general abstractamente considerada, debiendo rechazarse, por consiguiente, que una vez delimitadas las conductas prohibidas mediante la configuración de los tipos delictivos, con criterios y finalidades propias del Derecho penal,

³⁴ BIERLING, E.R., *Juristische Prinzipienlehre*, I, pp. 133 y ss.

dichas referencias no puedan tener cabida en la consideración de la conducta como justificada en el caso concreto.

El enriquecimiento de la categoría de la justificación implica, al mismo tiempo, la introducción de referencias tanto teleológicas como garantísticas en la ponderación de intereses subyacente a la misma, cuyo olvido constituye un déficit importante en concepciones diferenciadoras de la antijuridicidad como la elaborada por GÜNTHER y sus seguidores, al limitar el margen de actuación de las mismas a un criterio de merecimiento de pena estrechamente vinculado al principio de proporcionalidad³⁵.

Por el contrario, la implantación en dicha categoría de reflexiones político-criminales conlleva asimismo tomar en consideración valoraciones preventivas y límites constitucionales a los que el principio de proporcionalidad no puede dar respuesta, lo que conducirá a establecer una diferenciación entre causas genuinas de exclusión del injusto y causas no genuinas, sin acometer definitivamente una reconstrucción completa de las causas de justificación desde la perspectiva funcionalista defendida³⁶.

La adecuación de los permisos provenientes de distintos sectores del ordenamiento en ningún caso, por otra parte, quiebra el principio de unidad del ordenamiento jurídico, sino que por el contrario éste alcanza plena concreción, al compatibilizar en esta sede, mediante la afirmación de que las causas de justificación

³⁵ Así, en *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss*, pp. 179, 199-246, 393; el mismo en *Die Lehre von Strafwürdigen Unrecht als Beispiel einer Japanisierung des westlichen Strafrechts?*, en *Die Japanisierung des westlichen Rechts*, Hrg. Coing-Hirano, Tübingen, 1988, pp. 425-426; el mismo, en *Mordunrechtsmindernde Rechtfertigungselemente*, JR 1985, p. 270; el mismo, en *Rechtfertigung und Entschuldigung in einem teleologischen Verbrechenssystem*, Hrsg Eser-Fletcher, 1987, pp. 367; 370-386.

³⁶ Sobre el análisis y crítica de las diferentes concepciones diferenciadoras en materia de justificación, *vid. infra*, cap. III.

proceden de todo el ordenamiento jurídico, la necesidad de ausencia de contradicciones axiológicas con el principio de intervención mínima del Derecho penal³⁷.

**D) Función unitaria y exclusión de la antijuridicidad general
de la conducta**

La segunda afirmación básica que se deriva de una concepción unitaria de la antijuridicidad viene determinada por la previa configuración general y no específicamente penal con la que caracteriza a la misma: si la antijuridicidad se determina en atención al conjunto del ordenamiento jurídico, las causas de justificación no sólo excluyen en el análisis del hecho punible la antijuridicidad penal de la conducta, sino igualmente la ilicitud general de la misma desde el punto de vista de la totalidad de dicho ordenamiento³⁸.

En este sentido, las contradicciones con las que dicha concepción se enfrenta en la práctica, especialmente en lo referente a la posibilidad de responsabilidades subyacentes a actos previamente

³⁷ Sin que por ello resulte vulnerado el principio de prohibición de contradicciones tanto normológicas como axiológicas entre las proposiciones jurídicas del ordenamiento, principio que sostienen tanto partidarios de una concepción unitaria de la antijuridicidad como ENGISCH, *Die Einheit der Rechtsordnung*, pp. 46 y ss. (el cual, sin embargo, reconoce la existencia de diferencias materiales en la antijuridicidad de los distintos sectores jurídicos: *ob. cit.*, p. 58) o MAURACH, en *AT I*, 25/12, como seguidores de un concepto diferenciador. Así, KIRCHHOF, P., *Unterschiedliche Rechtswidrigkeiten in einer einheitlichen Rechtsordnung*, 1978, pp. 8 y ss, 30 y ss; GÜNTHER, H.L., *SK-StGB*, ante parágrafo 32, nms. 60 y 64; ZIELINSKI, D., *Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff*, 1973, p. 294.

³⁸ Vinculándose estrictamente por consiguiente la procedencia de las causas de justificación de todo el ordenamiento jurídico con la exclusión por éstas de toda responsabilidad. *Vid.*, en este sentido, JESCHECK/WEIGEND, *AT*, 5ª ed., 1996, p. 327, el cual señala que el principio de unidad del ordenamiento jurídico conlleva tanto que una causa de justificación existente en el Derecho civil o en el Derecho público deba ser aplicada de manera inmediata al Derecho penal como que “las causas de justificación específicamente penales (...) justifiquen el hecho para el resto de los sectores jurídicos”.

declarados conforme a Derecho desde dicha visión global de la antijuridicidad, serán resueltas por los autores aludiendo a que en tales casos únicamente se determinan de manera diversa las consecuencias jurídicas de uno y otro ámbito del Derecho, pero no la antijuridicidad que las produce³⁹.

Así, ENGISCH⁴⁰ parte de la necesidad de que la antijuridicidad del comportamiento se determine siempre en atención a todo el ordenamiento jurídico valorando y ponderando todos los intereses que eventualmente puedan concurrir, y por consiguiente concluye que, en orden a eliminar las contradicciones legales subsistentes, las fundamentaciones de los deberes jurídicos y la exclusión del injusto actúan de manera unitaria.

Sin embargo, ello no obsta, a juicio del autor, a que el ordenamiento jurídico sea muy dueño de vincular a un injusto determinado consecuencias jurídicas particulares, tales como la indemnización de daños y perjuicios sin imposición de pena o sólo la sanción penal pero no la indemnización, “debido a esta diferencia de consecuencias jurídicas, hablar de antijuridicidad civil y antijuridicidad penal, es un error⁴¹”.

³⁹ La cuestión se plantea fundamentalmente, por lo que respecta a la doctrina alemana, en los supuestos de posibilidad de indemnización civil a pesar de la conformidad a Derecho del parágrafo 904 del BGB, así como en la actuación de las fuerzas y cuerpos de seguridad que rebasan los límites reglamentarios, con posibilidad de aplicación de la legítima defensa y el estado de necesidad regulados en el StGB.

⁴⁰ ENGISCH, K., *Die Einheit der Rechtsordnung*, p. 58. En la misma línea, HIRSCH, H.J., en *LK-StGB*, ante parágrafo 32, nm. 10, el mismo, en *Die Stellung von Rechtfertigung und Entschuldigung im Verbrechenssystem aus deutscher Sicht*, *Rechtfertigung und Entschuldigung*, ESER-PERRON (coordinadores), 1991, p. 27.

⁴¹ ENGISCH, K., *Die Einheit der Rechtsordnung*, p. 58.

Por su parte, WEBER⁴², analizando la posible configuración de la salvaguarda de intereses legítimos regulada en el parágrafo 193 del StGB, en relación con el delito de injurias, como causa de exclusión del injusto penal⁴³, niega dicha calificación, aun reconociendo la posibilidad de indemnización que subsiste en estos casos una vez afirmada la justificación de la conducta.

A este respecto, el efecto justificante podría extenderse al Derecho civil, al margen de la consecuencia jurídica que supone la indemnización, ya que dicho sector permite la indemnización de comportamientos justificados del autor que ocasionan deterioros en la víctima, como expresa el parágrafo 904.2 del BGB respecto del estado de necesidad agresivo⁴⁴, el cual igualmente puede aplicarse en las lesiones de bienes jurídicos (por ejemplo, daños en la salud) que el autor haya causado obrando en estado de necesidad justificante conforme al parágrafo 34 del StGB. Se trataría, de este modo, de consecuencias jurídicas diversas que no deben conllevar una división del juicio de antijuridicidad.

⁴² WEBER, U., *Besprechung von Hans-Ludwig Günther, Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschuss*, JZ 1984, p. 278.

⁴³ Dicha naturaleza le atribuye Günther, planteando el caso, ocurrido en Alemania, de un médico que en la discusión de un podium sobre cuestiones armamentísticas, calificó a todos los soldados del ejército federal como “asesinos en potencia”, absolviéndole el Tribunal del delito de injurias en aplicación de la salvaguarda de intereses legítimos del parágrafo 193 del StGB. A este respecto, Günther defiende que dicho precepto cubre el campo de los pequeños excesos en el ejercicio del derecho fundamental de la libertad de expresión, por lo que el sujeto no cometió un injusto de injurias merecedor de pena, pero sí actuó antijurídicamente (distinción de Günther entre antijuridicidad general y penal), dando lugar a la posibilidad de acciones civiles por parte de los soldados, ya sea mediante la acción de cesación, o a través de la indemnización de daños morales por vulneración de sus derechos de la personalidad. Vid., GÜNTHER, H.L., *La clasificación de las causas de justificación en Derecho penal*, en Causas de justificación y de atipicidad, LUZÓN PEÑA/MIR PUIG (coordinadores), 1995, pp. 62-63.

⁴⁴ En el mismo sentido, ROXIN, C., *AT I*, 4ª ed., 2006, 14/34: “Esta postura tiene razón en que efectivamente existen entre los distintos sectores del Derecho divergencias que se limitan a las consecuencias jurídicas. Así por ejemplo una acción amparada por el parágrafo 904 del BGB es conforme a Derecho por igual a efectos civiles y penales, aunque en Derecho civil conlleve una obligación de reparar el daño”.

La afirmación de la ilicitud como concepto unitario y por tanto la exclusión por las causas de justificación de toda la antijuridicidad global de la conducta se realiza igualmente por los partidarios del concepto unitario de la antijuridicidad en la doctrina española⁴⁵.

Asimismo, se ha subrayado que a dicha unidad no obsta la divergencia en las consecuencias jurídicas que se atribuyan al acto justificado. Así, la gran mayoría de argumentaciones se han dirigido a fundamentar la existencia de responsabilidad civil que se deriva del paradigmático ejemplo del artículo 118.3ª del Código Penal, en relación con el estado de necesidad⁴⁶, si bien no faltan autores que aluden a dicha discrepancia de consecuencias con carácter general.

⁴⁵ ANTÓN ONECA, J., *Derecho penal*, 2ª ed., 1986, p. 200; CARBONELL MATEU, J.C., *El sistema de la justificación en el art. 20 CP 1995*, en Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, XXVII, 1996, p. 110; CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal español II*, PG, 6ª ed., 1998, p. 181; el mismo, en *Consideraciones generales sobre las causas de justificación en el derecho penal español*, FS für H.H. Jescheck, Band I, p. 444: “Al ser lícita la conducta amparada por una causa de justificación queda excluida no sólo la responsabilidad penal, sino también la responsabilidad civil derivada de la realización de un acto ilícito”; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, PG, 5ª ed., 1999, p. 467: “El comportamiento penalmente justificado es, sin más paliativos, un comportamiento justificado a Derecho”; MUÑOZ CONDE, F/GARCÍA ARÁN, M., PG., 9ª ed., 2015, pp. 310-311; QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso de Derecho Penal*, tomo I, 1963, p. 369; RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español*, PG, 18ª ed., 1995, p. 406; RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Derecho Penal*, PG, 1ª reimpresión, 1978, pp. 343-344; SÁINZ CANTERO, J.A., *Lecciones de Derecho penal*, PG, 3ª ed, 1990, p. 570: “La conducta que encuentra amparo en una causa de justificación (...) es una conducta lícita. De ella no se deducirá ni responsabilidad criminal ni responsabilidad civil”.

⁴⁶ Artículo 118.3ª: “En el caso del número 5º (estado de necesidad) serán responsables civiles directos las personas en cuyo favor se haya precavido el mal, en proporción al perjuicio que se les haya evitado, si fuera estimable o, en otro caso, en la que el Juez o Tribunal establezca según su prudente arbitrio. Cuando las cuotas de que deba responder el interesado no sean equitativamente asignables por el Juez o Tribunal, ni siquiera por aproximación, o cuando la responsabilidad se extienda a las Administraciones Públicas o a la mayor parte de una población y, en todo caso, siempre que el daño se haya causado con asentimiento de la autoridad o de sus agentes, se acordará, en su caso, la indemnización en la forma que establezcan las leyes y reglamentos especiales”.

En este sentido, MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN⁴⁷ indican que “El concepto de licitud o ilicitud, de jurídico o antijurídico, es un concepto general válido para todo el Ordenamiento jurídico. Lo único específico de cada rama del Derecho son las consecuencias que se atribuyen al acto jurídico o antijurídico.”

Para a continuación extraer de ello la consecuencia a que hace referencia la primera afirmación básica del principio de unidad del ordenamiento jurídico: “De aquí se desprende que las fuentes de las causas de justificación pueden tener su origen en cualquier rama del Ordenamiento jurídico que, por medio de sus disposiciones (ley, reglamento, Derecho consuetudinario, etc.), autorice la realización de un hecho penalmente típico”.

Como puede comprobarse, se parte del mismo razonamiento deductivo que fue empleado en relación con la procedencia extrapenal de las causas de justificación: dado que las mismas se extraen del conjunto del ordenamiento, el concepto de ilicitud debe ser configurado de manera general y unitaria, negándose una antijuridicidad especialmente penal⁴⁸.

Sin embargo, si se considera la recepción de los permisos extrapenales como una consecuencia lógica del fin de intervención mínima del Derecho penal, y por consiguiente desde

⁴⁷ MUÑOZ CONDE, F/GARCÍA ARÁN, M., *PG*, 9ª ed., 2015, p. 311.

⁴⁸ Ese mismo razonamiento es el empleado por RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Derecho Penal*, *PG*, 1ª reimpresión, 1978, pp. 343-344, al manifestar: “Para la determinación de la antijuridicidad resulta decisivo el ordenamiento jurídico en su conjunto. La antijuridicidad es una relación de contrariedad del hecho con el ordenamiento jurídico como unidad. Lo que es antijurídico conforme a una rama del Derecho no puede ser jurídico conforme a otra. Y a la inversa, lo que es jurídico según una rama del Derecho no puede ser antijurídico según otra. *En este sentido no existe, en absoluto, una especial antijuridicidad penal.* Lo que es antijurídico conforme a la norma penal es, y no puede dejar de ser, antijurídico conforme al Derecho en general” (cursiva añadida).

una perspectiva teleológica que no impide la apertura del Derecho penal a intereses delimitados en otras ramas del Derecho en atención a dicha finalidad básica, la cuestión que surge a continuación es si tal perspectiva admite el efecto contrario, es decir, la producción de efectos generales por parte de las causas de justificación.

La respuesta, a este respecto, debe ser negativa ya que, como es sabido, la relación de subsidiariedad puede afirmarse del Derecho penal respecto de otros sectores jurídicos, pero no al revés⁴⁹.

Por consiguiente, el hecho de que se acojan intereses extrapenales en el ámbito de la justificación no implica que éste no deba ser determinado con arreglo a parámetros específicamente penales, que permitan comprobar si resulta confirmada en el caso concreto la ilicitud penal de la conducta comprensiva de un desvalor social cualificado y a la que se dirige la norma penal primaria mediante la prohibición específica y no general o abstracta que supone la amenaza de pena de dicho comportamiento en cuanto entraña un riesgo de lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos penalmente protegidos (y no una prohibición general de realizar un comportamiento con validez universal).

Precisamente será esta divergencia de fundamentación lo que explique las consecuencias jurídicas diversas que pueden (no necesariamente) producirse en la exclusión del injusto penal, civil, administrativo... sin que por ello resulte vulnerado el principio de unidad del ordenamiento, sino más bien concretado en atención a las finalidades propias de cada rama del Derecho.

⁴⁹ *Vid.*, por todos, MAURACH/ZIPF, AT, 8ª ed., 1992, 25/13.

En esta línea ha resaltado JAKOBS⁵⁰, refiriéndose en concreto a la actuación de los agentes de la autoridad no justificados desde el punto de vista del Derecho disciplinario pero sí penalmente, lo equivocado que supone tratar la distinción sólo en cuanto a las consecuencias jurídicas y no ya según la antijuridicidad, ya que si un hecho es simplemente irrelevante en una rama jurídica o está excepcionalmente permitido por fundadas razones, no se trata sólo de que dejen de producirse las consecuencias propias de dicho sector jurídico, sino que falta igualmente la desaprobación en el mismo.

Frente a ello, debe resaltarse a mi juicio con nitidez la incongruencia que supone, por parte de los seguidores de la concepción unitaria, mantener un concepto de injusto específico de cada sector y al mismo tiempo una exclusión del injusto vinculada a una antijuridicidad general con efectos en todas las ramas del Derecho, lo cual les lleva, en los supuestos de consecuencias jurídicas divergentes, a privar a las mismas de toda fundamentación, cuando sin embargo en la fundamentación de dicho injusto se hallaban especialmente conectadas a éste.

La aceptación de un concepto de ilicitud unitaria no obsta, afirman MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, a que el Derecho penal pueda justificar por criterios específicamente penales un hecho típico en el que se observen infracciones administrativas o civiles⁵¹, si bien ello no debe ser motivo suficiente para admitir unas causas de exclusión de la antijuridicidad específicamente

⁵⁰ JAKOBS, AT, 2ª ed., 1991, 11/6.

⁵¹ Así, los autores se refieren expresamente a los ejemplos del policía que dispara contra un ladrón con un arma no reglamentaria, o el de la mujer que aborta por indicación terapéutica sin cumplir los requisitos formalmente establecidos, casos en que podría admitirse la justificación penal no obstante la existencia de responsabilidades civiles o administrativas. MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M., PG, 9ª ed., 2015, p. 311.

penales o una categoría intermedia entre las causas de justificación y las de exculpación, dando lugar a una especie de causas de justificación de segunda división, al producir sólo efectos en la responsabilidad penal⁵².

En consecuencia, se observa en los partidarios de la concepción unitaria la estrecha vinculación entre apertura del Derecho penal al resto del ordenamiento jurídico y exclusión de la antijuridicidad general, sin que dicha relación, como se ha subrayado anteriormente, sea necesaria ni responda adecuadamente al fundamento de la diversidad de consecuencias jurídicas que pueden surgir en el caso concreto.

2.- LA FUNCIÓN PREVENTIVA DE LA ANTIJURIDICIDAD EN EL SENO DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

A) La distinción entre lo injusto y lo permitido desde una perspectiva normativa imperativista

Junto al principio de unidad del ordenamiento jurídico como presupuesto dogmático fundamental del concepto unitario de antijuridicidad, se erige igualmente como referencia básica de dicha concepción la necesidad de mantener en el sistema dogmático del delito la función preventiva que la antijuridicidad ostenta.

⁵² Aludiendo igualmente a la innecesariedad de la distinción, en la delimitación de la misma efectuada por GÜNTHER, *vid.*, por todos, BACIGALUPO, E., *Entre la justificación y la exclusión de la culpabilidad*, en La Ley, 1986, p. 1200; CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal español II*, PG, 6ª ed., 1998, p. 181: “De esta tesis correcta no cabe deducir, sin embargo, la necesidad de distinguir dos clases de causas de justificación, lo cual llevaría a consecuencias inadmisibles”; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho Penal*, PG, 5ª ed., 1999, p. 467: “Puesto que rechazamos el presupuesto- la posibilidad de una antijuridicidad penal específica- no podemos admitir la consecuencia- esto es, la existencia de especiales causas de exclusión de la antijuridicidad penal-.

De este modo, se constituye como punto de referencia común a las construcciones dogmáticas ancladas en un concepto unitario de antijuridicidad la necesidad de consagrar en esta sede la eficacia preventiva ínsita a la misma.

Dicha función se manifiesta ante todo en una doble exigencia: en primer lugar, la necesidad de delimitar nítidamente en sede de causas de justificación los comportamientos prohibidos frente a los permitidos, y, en segundo término, ofrecer a los sujetos implicados las pautas necesarias en orden a conocer, en el caso concreto, los límites de la autorización concedida⁵³.

La cuestión, por consiguiente, se centra en otorgar a dicha categoría sistemática la tarea de delimitar lo antijurídico frente a lo conforme a derecho en sentido general⁵⁴, desde la perspectiva del conjunto del ordenamiento, con lo cual las referencias teleológicas específicamente penales tenderán a encontrar mejor acomodo en los restantes elementos del hecho punible.

⁵³ Función preventiva que se conecta asimismo con el principio de unidad del ordenamiento como presupuestos fundamentales de la concepción unitaria. Así, HIRSCH, H.J., *Die Stellung von Rechtfertigung und Entschuldigung im Verbrechenssystem aus deutscher Sicht*, en *Rechtfertigung und Entschuldigung*, III, 1991, p. 29, donde apunta como una de las ventajas de la distinción sistemática entre justificación y exculpación el juicio que implica la primera en cuanto indica al autor que su absolución se apoya en que el mismo ha actuado de acuerdo con el ordenamiento jurídico, mientras que con la ausencia de culpabilidad se constata que actuó de manera antijurídica, si bien su culpabilidad debe ser negada.

⁵⁴ Por lo que se alude en este contexto a una prevención general, normalmente conectada con la función de determinación propia de las normas penales. En este sentido, por ejemplo, *vid.* PERRON, W., *Die Stellung von Rechtfertigung und Entschuldigung im System der Strafbarkeitsvoraussetzungen*, en *Rechtfertigung und Entschuldigung* IV, 1991, pp. 83 y ss; el mismo, en *Principios estructurales de la justificación en los Derechos penales español y alemán*, en *Causas de justificación y de atipicidad en Derecho penal*, 1995, pp. 84-86; BACIGALUPO, E., *Unrechtsminderung und Tatverantwortung*, GS für Armin Kaufmann, C. Heymanns Verlag, 1989, p. 470; el mismo, en *Entre la justificación y la exclusión de la culpabilidad*, La Ley, 1986, pp. 1200-1201.

Éste es precisamente, como es sabido, el parecer de ROXIN, que, si bien reconoce la procedencia de incluir las referencias axiológicas derivadas de los fines de la pena en la estructura dogmática, aboga no obstante por situar tales consideraciones en la categoría de la responsabilidad.

Así, utiliza al respecto como uno de los argumentos que abundan en dicha interpretación la necesidad de preservar la función del injusto en cuanto delimitador de lo prohibido frente a lo permitido⁵⁵.

Para ello sitúa el contenido de la justificación en la permisón de un comportamiento por el Derecho, sin que ello signifique que el mismo sea valorado positivamente⁵⁶ o sólo tolerado, lo cual, además, excede del contenido propio de dicha categoría sistemática. Por tanto, tampoco el reconocimiento de unas causas de justificación limitadas al Derecho penal conlleva una diferenciación entre justificación y exclusión del injusto penal, sino, como señala ROXIN “Las causas para una exclusión del injusto en el Derecho penal son diferentes, sus consecuencias deben ser idénticas.”⁵⁷

La necesidad de preservar la función preventiva de la antijuridicidad, y en consecuencia el rechazo de diferenciaciones

⁵⁵ ROXIN, C., *Die notstandsähnliche Lage- ein Strafunrechtsausschliessungsgrund?*, FS für D. Oehler, 1985, p. 195: “Si un comportamiento desaprobado o que debe ser omitido es merecedor o necesitado de pena, no es, según mi opinión, una cuestión del injusto, sino un problema de responsabilidad penal”.

⁵⁶ En dicha consideración de las causas de justificación como juicios de aprobación de la conducta, encuadradas por Günther en las denominadas causas impropias de exclusión del injusto penal, estriba, según Roxin, uno de los principales defectos de tal concepción, ya que dicha función no es inherente a toda justificación, pudiendo diferir la calificación según el caso concreto. Así, ROXIN, C., *Die notstandähnliche Lage*, pp. 195-196.

⁵⁷ ROXIN, C., *ob. cit.*, p. 196.

en el seno de la misma, se conecta tradicionalmente por los partidarios de la concepción unitaria con una argumentación normológica.

La distinción entre lo injusto y lo permitido se deriva, en este sentido, de la función propia de la norma penal como norma de determinación, la cual conlleva, en su faceta negativa de exclusión del injusto, la tarea de dilucidar si debe procederse o no a la ratificación de la misma en la situación conflictiva generada.

En esta línea deben situarse las objeciones formuladas por BACIGALUPO al concepto de antijuridicidad específicamente penal desarrollado por GÜNTHER, en la medida en que el mismo no toma en consideración, a su juicio, que los criterios preventivos deducidos de la función protectora de bienes jurídicos del Derecho penal se hallan igualmente presentes en la categoría de la antijuridicidad.

De este modo, entre los distintos supuestos de impunidad de la conducta que puedan darse, se hace preciso distinguir entre aquéllos que implican igualmente una renuncia a la ratificación de la norma vulnerada y aquéllos que la presuponen.⁵⁸

⁵⁸ BACIGALUPO, E., *Principios de Derecho Penal*, PG, 5ª ed., 1998, p. 278: “Una cosa es que el orden jurídico apruebe la realización de una acción (la justifique) y otra es que la gravedad de la ilicitud sea insuficiente para legitimar el ejercicio del *ius puniendi*. Desde el punto de vista de la confianza en la vigencia de las normas ambas cuestiones son diversas”; el mismo, en *Unrechtsminderung und Tatverantwortung*, p. 470: “El mantenimiento de la norma como criterio de orientación es por tanto una tarea del Derecho penal, no sólo cuando el hecho es castigado, sino también cuando no es punible”; el mismo, en *Entre la justificación y la exclusión de la culpabilidad*, pp. 1200: “En otras palabras, la exclusión de la pena y la renuncia a la ratificación de la validez de la norma violada constituyen procesos paralelos en los que la primera no implica a la segunda”.

Por consiguiente, se hace necesario responder en todo caso a la cuestión de la ratificación de la norma en el caso concreto, ya que la misma se manifiesta como una función del sistema penal “inclusive cuando se renuncia a la aplicación de la pena y no sólo cuando se sanciona la violación de la norma”⁵⁹.

A la necesidad de mantener dicha función preventiva se ha referido igualmente LAURENZO COPELLO, discípula de BACIGALUPO, la cual sitúa precisamente la principal característica de la antijuridicidad en señalar con nitidez el límite entre los comportamientos aprobados con la finalidad de mantener a la norma como modelo orientador de las conductas sociales, así como en desalentar la injerencia en bienes de terceros al margen de los supuestos en que el ordenamiento valore positivamente dicha intervención⁶⁰.

La conclusión al respecto es la vinculación estrecha que la autora establece entre juicio de antijuridicidad y valoración positiva por parte del ordenamiento jurídico en su globalidad: cuando del mismo no pueda extraerse dicha valoración frente a la conducta lesiva de un bien jurídico, la función protectora de bienes jurídicos propia del Derecho penal exigirá el mantenimiento de la antijuridicidad de la conducta.

La afirmación de la función preventiva de la antijuridicidad es, por otra parte, conectada en todo caso con la necesidad de ofrecer criterios transparentes de actuación, en la línea de dotar a la dogmática de funciones prácticas relevantes que la alejen de su consideración como mero edificio conceptual, al tiempo que la

⁵⁹ BACIGALUPO, E., *Entre la justificación y la exclusión de la culpabilidad*, p. 1200.

⁶⁰ LAURENZO COPELLO, P., *El aborto no punible*, ed. Bosch, 1990, p. 320.

necesidad de evidenciar el carácter permitido de la conducta a la luz de todo el ordenamiento se presenta como un avance del sistema dogmático y como una referencia ineludible en el escalón valorativo que la categoría de la antijuridicidad comporta⁶¹.

Se observa, a su vez, que la concepción unitaria de la antijuridicidad opera en este ámbito mediante una clara diferenciación entre los contenidos valorativos atribuidos al tipo y los correspondientes a la antijuridicidad.

Mientras que en el primero las referencias específicamente penales son decisivas en la configuración de la materia prohibida, en el campo de la antijuridicidad se niega su naturaleza estrictamente penal, dada la conexión de la misma con el conjunto del ordenamiento⁶², lo cual lleva a afirmar que la función preventiva general en esta sede es la delimitación entre lo prohibido y lo permitido con carácter general, y no entre lo prohibido y permitido penalmente⁶³.

⁶¹ Afirmando en este sentido la innecesariedad de ulteriores distinciones en el ámbito de la antijuridicidad, WEBER, JZ 1984, p. 277.

⁶² Así, señala CORTÉS ROSA, M., *La función de la delimitación de injusto y culpabilidad en el sistema del Derecho penal*, en Fundamentos de un Sistema Europeo del Derecho Penal, LH a Claus Roxin, 1995, p. 266, en su crítica a las concepciones diferenciadoras de la antijuridicidad que “la antijuridicidad (como categoría sistemática de la teoría del delito) constituye un presupuesto imprescindible de la punibilidad, pero no una *materia específica del Derecho penal*. En la determinación de su contenido, no tienen ninguna importancia las consideraciones sobre merecimiento y necesidad de pena, porque expresa exclusivamente- igual que la antijuridicidad de la agresión en las disposiciones sobre la legítima defensa- la contradicción entre una conducta y la norma de conducta.” (cursiva en el texto).

⁶³ Indica a este respecto PERRON, W., *Rechtfertigung und Entschuldigung im deutschen und spanischen Recht*, 1988, p. 131, que mientras la exclusión de la tipicidad puede depender no sólo de una limitación de la norma prohibitiva, sino también de valoraciones relativas a los fines y límites de la pena, las causas de justificación sin embargo expresan la compatibilidad del hecho con las exigencias jurídicas de comportamiento.

En consecuencia, una vez seleccionado el ámbito de lo penalmente relevante mediante la afirmación de la tipicidad, la idea de la prevención en la categoría de la antijuridicidad se hace recaer en un juicio general de adecuación o conformidad a Derecho.

En segundo término, la función orientadora de conductas llevada a cabo en esta sede se vincula con un concepto de norma desvinculado de sus referencias teleológicas, en el que el matiz relevante viene dado por el establecimiento del carácter prohibido del hecho y no por su referencia a las valoraciones derivadas de los fines de la pena.

Así, dicho razonamiento se observa en los seguidores de la concepción unitaria de la antijuridicidad cuando señalan como tarea fundamental de las causas de justificación la estabilización de las normas de conducta y como derivación de la misma la necesidad de subrayar si el autor ha obrado “correctamente” o, por el contrario, únicamente se renuncia a la punición de la conducta⁶⁴, no otorgando por consiguiente a la pena función alguna en el establecimiento de dicho carácter “correcto” de la conducta.

En estos supuestos, la desconexión de la consecuencia jurídica frente a la norma de conducta parte de una concepción de ésta como norma general, señalando a este respecto PERRON que “La moderna Sociología del Derecho ha dejado claro que la influencia sobre el comportamiento mediante normas no constituye un

⁶⁴ Dicho proceder, vinculado a un concepto estrictamente unitario de antijuridicidad, se observa asimismo en aquellos autores que, como COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, exigen una valoración positiva preponderante para la justificación penal, estimando que quien actúa al amparo de una eximente justificante lo hace en un régimen de prerrogativa jurídica. Así, COBO DE ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho penal*, PG, 5ª ed., 1999, pp. 461-462.

fenómeno específicamente penal o incluso, en general, jurídico, sino un principio general de ordenación de toda sociedad. La interacción social exige la calculabilidad del comportamiento de los otros; para garantizar esta calculabilidad, se establecen normas que describen regularidades de comportamiento y cuya no observancia, si no necesariamente, sí de forma general es conminada con una sanción”.⁶⁵

Así, puede observarse cómo se parte de la diferenciación entre la impunidad de las conductas que no suponen infracción contra ninguna norma jurídica, frente a los casos en que el ordenamiento jurídico, pese a la fractura normativa, renuncia a la sanción penal: para la justificación penal, en todo caso, resultará irrelevante el campo del que proceda la norma⁶⁶.

Por otro lado, la secuencia valorativa con la que se procede en este ámbito es resaltada por LENCKNER, el cual indica que efectivamente no todo lo que está prohibido es al mismo tiempo un injusto merecedor de pena, pero que una vez establecida la tipicidad de la conducta, el injusto penal sólo es excluido cuando la prohibición subyacente al tipo es levantada a través de una norma permisiva.⁶⁷

Desde la concepción unitaria, en definitiva, se parte de señalar que la introducción de contenidos de merecimiento de pena⁶⁸ en

⁶⁵ PERRON, W., *Principios estructurales de la justificación en los Derechos penales español y alemán*, en Causas de justificación y de atipicidad en Derecho penal, 1995, pp. 84-85, refiriéndose en concreto a las aportaciones de LUHMANN y POPITZ desde la perspectiva de la sociología funcionalista.

⁶⁶ PERRON, W., *Principios estructurales*, p. 85; el mismo, en *Die Stellung von Rechtfertigung und Entschuldigung*, pp. 83-85.

⁶⁷ S/S-LENCKNER, T./STERNBERG-LIEBEN, D., 29 ed., 2014, ante parágrafo 32, nm. 8.

⁶⁸ Cuya introducción indiscriminada, sin precisar los diferentes momentos que lo constituyen, constata un relevante déficit en la construcción de Günther, a juicio de Bacigalupo, ya que conduce a una exclusión indiferenciada del

el ámbito del injusto no debe obviar dicha esencial función preventiva, concretada en la visión de la antijuridicidad como infracción contra el ordenamiento jurídico en su conjunto, lo cual igualmente lleva a afirmar a HIRSCH que tales referencias teleológicas no sólo difuminan los límites entre la exclusión del injusto por un lado y exculpación y exclusión personal de la pena por otro, sino que dan lugar a una “voladura” (*Sprengung*) del sistema del delito⁶⁹.

La antijuridicidad exige por tanto, desde este punto de vista, establecer con toda claridad la distinción entre los comportamientos autorizados por el Derecho y aquéllos que no lo están, en conexión con el papel orientador de las conductas que se atribuye a dicha diferenciación en la relación Estado-sociedad.

En este sentido, la función preventiva, como puede observarse, radica en la conexión de la conducta con todo el ordenamiento jurídico, es decir, con la declaración de que nos hallamos ante un comportamiento aprobado en el seno del mismo, y no con el mero levantamiento en el caso concreto de la prohibición bajo amenaza de pena de la conducta típica⁷⁰.

El hecho de que en los diferentes tipos penales se recojan comportamientos contrarios a la norma que el legislador ha decidido conminar con la imposición de una pena, no obsta a que

merecimiento de pena, sacrificando la función preventiva en beneficio de la referencia teleológica básica afirmada por el autor alemán y constituida por el principio de proporcionalidad. Así, BACIGALUPO, E., *Entre la justificación y la exclusión de la culpabilidad*, p. 1201.

⁶⁹ HIRSCH, H.J., *Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik nach Welzel*, FS Rechtswiss., Fakultät Köln, 1988, p. 414; el mismo, en *Die Stellung von Rechtfertigung und Entschuldigung*, p. 29; el mismo, en *LK*, ante parágrafo 32 nm. 10.

⁷⁰ Sobre la adjudicación a las causas de justificación de una función de aprobación, valoración positiva o simple tolerancia del comportamiento, *vid. infra*, caps. II y III.

en la categoría de la antijuridicidad se debata por el contrario sobre un requisito general: si dicho comportamiento es o no conforme a Derecho desde la perspectiva del conjunto del ordenamiento⁷¹.

Frente a dicha aparente incongruencia, cabe plantearse si la función preventiva de la antijuridicidad reside efectivamente en el establecimiento con nitidez del carácter prohibido del hecho en el sentido de la teoría general del Derecho o si, por el contrario, deben igualmente en esta categoría tener entrada criterios vinculados a las consecuencias jurídicas propias del Derecho penal, con especial referencia a la pena, pero sin producirse, en ningún caso, aquella “voladura” del sistema del delito denunciada por HIRSCH.

B) Consideraciones críticas sobre la llamada función preventiva general de la antijuridicidad

La objeción fundamental llevada a cabo por los partidarios de la concepción unitaria de la antijuridicidad frente a los intentos de reinterpretar teleológicamente la justificación penal, en el sentido de que con ello se desvirtúa la esencial función preventiva de distinguir entre lo injusto y lo permitido en su acepción general, yerra, a mi juicio, en su mismo punto de partida, ya que la idea de la prevención general en el Derecho penal se refiere exclusivamente a la amenaza bajo pena del hecho prohibido.

⁷¹ En dicho sentido, *vid.*, por ejemplo, WELZEL, H., AT, 11ª ed., p. 52, JESCHECK/WEIGEND, AT, 5ª ed., 1996, pp. 323-324; HIRSCH, H.J., *Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik*, pp. 413-414.

Por consiguiente, el efecto preventivo-general parte en realidad de la amenaza de pena de determinados comportamientos y no por ejemplo de una pura y simple calificación de “antijurídico”.

Lo anterior, sin duda, resulta evidente en la teoría de la coacción psicológica elaborada por FEUERBACH, porque es precisamente la pena anticipada imaginariamente lo que aparta al autor del hecho punible, al no querer soportar éste el mal que en todo caso representa la misma⁷².

El efecto preventivo de la norma, situado en el plano de la conminación penal abstracta, se conecta de este modo con la amenaza de un mal superior al que representa la renuncia a cometer el delito pero, en ningún caso, con una tarea generalista de delimitación de lo prohibido y permitido.

Igualmente, si dirigimos la atención a las concepciones modernas desarrolladas en torno a la idea de la prevención, y especialmente a la teoría de la prevención general positiva, en su aspecto de prevención integradora o estabilizadora, la conclusión no debe ser distinta.

Y ello porque igualmente en el marco de estas teorías la eficacia preventiva del Derecho penal debe partir de un juicio de desvalor cualificado, juicio que se proyecta en el contenido de la norma penal sobre un comportamiento especialmente dañoso, constituyendo la referencia a la pena el elemento determinante

⁷² FEUERBACH, P.J.A., *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts*, 14^a ed., 1847, pp. 37 y ss.

del reforzamiento de la fidelidad y la confianza de la comunidad en la norma, o en el mantenimiento de su vigencia.⁷³

Aunque en dichos supuestos se otorgue preferencia al punto de vista de la imposición concreta de la pena frente a la previa conminación penal, los efectos específicos de la prevención general de integración recaen sobre el comportamiento infractor de la norma penal en cuanto reúne los requisitos que fundamentan el juicio de injusto cualificado penalmente y no sobre aquellas conductas que, estando prohibidas por otros sectores del ordenamiento jurídico, no son contempladas por ésta.

Así, la simple antijuridicidad de un incumplimiento contractual en Derecho civil o la anulabilidad, por ejemplo, de un acto administrativo, no son aptos para fundamentar dicho juicio de desvalor cualificado y por consiguiente tampoco podría afirmarse que de ellos se derivan los especiales efectos de una prevención integradora.

Por lo tanto, las referencias a la necesidad de diferenciar los supuestos de no punibilidad que excluyen el merecimiento de pena porque la validez de la norma en el supuesto concreto no ha sido puesta en duda, de aquéllos en los que el merecimiento de

⁷³ La estricta vinculación entre la doctrina de la prevención general positiva y la pena lleva a algunos autores, como SILVA SÁNCHEZ, a afirmar que *dicha teoría es ante todo una doctrina de la "pena"*: "Para tal integración, tal obtención de confianza en el Derecho por parte de la población, no basta, por lo demás, según la doctrina de la prevención general positiva, con cualquier forma de reafirmación simbólica de la vigencia de la norma. Por el contrario, se estima necesaria la imposición de la pena como mal, sufrimiento, para el delincuente. Por ello estimo que, en efecto, la doctrina de la prevención general positiva es una doctrina de la pena (impuesta) más que de la conminación penal abstracta", *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, 1992, p. 232, con ulteriores referencias (cursiva añadida).

pena se excluye por razones diversas⁷⁴, o la alusión, en este ámbito, a la tarea fundamental del injusto como delimitador de lo antijurídico frente a lo permitido⁷⁵, conducen a incardinar la función preventiva del Derecho penal en la categoría de lo prohibido jurídicamente en el sentido de la teoría general del Derecho.

Que ello no es del todo procedente lo demuestra desde mi punto de vista la propia secuencia valorativa con la que se actúa en la relación entre tipicidad y antijuridicidad.

Si la función preventiva de ésta consistiera en distinguir lo justo de lo injusto en sentido general, el legislador podría haber renunciado igualmente a configurar específicamente los distintos tipos penales y haber procedido de una manera más sencilla, declarando punible cualquier simple comportamiento antijurídico que desde esa perspectiva general hubiera estimado oportuno (lo cual asimismo entraría en colisión con otros factores, como el mandato de taxatividad de los tipos penales).

Sin embargo, el hecho de que el procedimiento empleado no sea obviamente tal, nos demuestra que la idea de prevención general en Derecho Penal se vincula estrictamente al hecho prohibido bajo amenaza de pena, con lo que los fines político-criminales de necesidad y justificación de la intervención penal deben obtener también cabida a la hora de explicitar los motivos de exención de pena en el campo de la justificación, ya que se trata, en definitiva, de la ratificación de una norma configurada como instrumento de

⁷⁴ Así, BACIGALUPO, E., *Entre la justificación y la exclusión de la culpabilidad*, p. 1201; *Unrechtsminderung und Tatverantwortung*, p. 470; *Principios de Derecho Penal*, PG, 5ª ed. 1998, pp. 278 y ss.

⁷⁵ HIRSCH, H.J., *Die Stellung von Rechtfertigung und Entschuldigung*, p. 36; *Rechtfertigungsgründe und Analogieverbot*, GS für Zong Uk Tjong, 1985, p. 60; ROXIN, C., *Die notstandähnliche Lage*, p. 195.

realización de los fines del Derecho penal y no de una norma general, la cual ha sido puesta en tela de juicio en el caso concreto.

III.- CONSECUENCIAS SISTEMÁTICAS Y PROCESALES DEL CONCEPTO UNITARIO DE ANTIJURIDICIDAD

1. APLICABILIDAD INMEDIATA DE LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN EXTRAPENALES AL DERECHO PENAL

A) Delimitación de los factores determinantes de la aplicación general

Establecida como premisa básica de la concepción unitaria de la antijuridicidad la procedencia de las causas de justificación penal del conjunto del ordenamiento jurídico, la consecuencia inmediata que se deduce es la aplicabilidad directa de las causas de justificación de otros ámbitos del Derecho en el ordenamiento penal⁷⁶.

Dicha aplicabilidad encuentra su sede en nuestro derecho positivo en el mencionado artículo 20.7, al posibilitar la justificación de la conducta a través del cumplimiento del deber o el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, estimada tradicionalmente por los partidarios del concepto unitario de antijuridicidad como la causa en la que cristaliza el principio de unidad del ordenamiento jurídico.

⁷⁶ Así lo consagraba expresamente el parágrafo 20 del Proyecto del Código Penal alemán de 1925: “No concurre una acción punible, cuando la antijuridicidad del hecho está excluida a través del Derecho público o civil”.

A este respecto, como señala BACIGALUPO⁷⁷, “es indiferente que la realización de una acción típica esté autorizada por el derecho civil, por el derecho administrativo o por el derecho penal”, reseñando a continuación los clásicos ejemplos de detención de un sospechoso bajo los presupuestos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que se encuadra en la descripción típica del artículo 163 del Código Penal⁷⁸, pero en el que no concurre la antijuridicidad al adecuarse a los presupuestos de la autorización concedida, así como el derecho de retención establecido en determinados supuestos por el derecho civil (artículos 1.780 o 1.730 del Código Civil), que, ejercitado en las condiciones allí delimitadas, excluye la antijuridicidad de la apropiación indebida prevista en el artículo 252 del Código Penal⁷⁹.

Los argumentos que hablan a favor de una aplicabilidad de las causas de justificación extrapenales al Derecho penal son realmente abundantes, sin necesidad de derivar de tal circunstancia, por otra parte, el mantenimiento estricto de un concepto unitario de antijuridicidad.

En primer lugar, la articulación de conductas justificadas en el derecho civil o administrativo a través de la causa de justificación

⁷⁷ BACIGALUPO, E., *Principios de Derecho penal*. PG, 5ª ed., 1998, p. 252.

⁷⁸ Así, especialmente el artículo 163.4 preceptúa que “El particular que, **fuera de los casos permitidos por las leyes**, aprehendiere a una persona para presentarla inmediatamente a la autoridad, será castigado con la pena de multa de tres a seis meses” (negrita añadida).

⁷⁹ Por su parte, MESTRE DELGADO, *La eximente de ejercicio legítimo de un derecho y las causas supralegales de justificación penal*, 2001, p. 152, subraya que mayor claridad a este respecto se produce en el artículo 1866 del Código Civil en relación con la ejecución de un contrato de prenda, tanto en garantía del crédito que deriva del cumplimiento del contrato, como en aseguramiento del pago de otra deuda exigible que hubiese contraído el deudor con el mismo acreedor antes de haberse pagado la primera, dado el reconocimiento *ex lege* de la posibilidad de prórroga de la retención “aunque no se hubiese estipulado la sujeción de la prenda a la seguridad de la segunda deuda.”

del artículo 20.7 debe valorarse como adecuada, teniendo en cuenta fundamentalmente las peculiaridades de la regulación española, en la que, frente a lo dispuesto en otros sistemas jurídicos de nuestro entorno, no ha existido una consagración legislativa y sistematización de las causas de exclusión de la antijuridicidad en Derecho civil⁸⁰.

Por el contrario, la estimación de dichas causas en el ámbito de la responsabilidad civil ha venido determinada tradicionalmente por la aplicación analógica de las reglas contenidas en el artículo 118 del Código penal, comprensiva de los casos en que la exención de la responsabilidad criminal no comprende la de la responsabilidad civil, en relación con el artículo 20 del mismo Código⁸¹.

Por consiguiente, la aplicación en sentido inverso, es decir, de causas de exclusión de la antijuridicidad civiles al Derecho penal, se configura a través de los derechos reconocidos en el ámbito civil a efectos de su transposición, mediante el filtro que supone el artículo 20.7, al Derecho penal⁸².

⁸⁰ Regulación que puede hallarse en el BGB (parágrafo 226 y ss.), en el Código civil italiano de 1942 (artículos 2044 y 2045), Código suizo de las obligaciones (artículo 52) y en el Código civil portugués de 1966 (artículos 335 a 340). Refiriéndose al estado de necesidad conforme a los principios del Código Civil, GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M., *Ilícitud, culpa y estado de necesidad (Un estudio de responsabilidad extracontractual en los Códigos penal y civil)*, ed. Dykinson, 2006, pp. 193 y ss.

⁸¹ Pone de manifiesto la peculiaridad de nuestra regulación, defendiendo la naturaleza estrictamente civil de las normas contenidas en los artículos 109 y ss. del Código penal, PANTALEÓN PRIETO, A.F., *Perseverare diabolicum (¿Otra vez la responsabilidad civil en el Código penal?)*, en *Jueces para la democracia*, 19, 2/1993, p. 6: “en ningún Código Penal de ningún Estado de nuestra tradición político-cultural puede hallarse una regulación de la responsabilidad civil por los daños causados por los hechos en él tipificados”.

⁸² La regulación del artículo 118 del Código penal llevará a los autores a establecer el carácter indubitado de la legítima defensa como causa de justificación que excluye toda la responsabilidad jurídica, al establecerse en el párrafo primero de dicho precepto que “La exención de la responsabilidad criminal declarada en los números 1º, 2º, 3º, 5º y 6º del artículo 20 no comprende la de la responsabilidad civil, que se hará efectiva conforme a las

En segundo término, los posibles problemas de armonización entre el Derecho penal y los restantes sectores jurídicos se ven frecuentemente explicitados por la propia remisión en los tipos a las normas de Derecho privado o administrativo, con expresiones tales como “el que, sin hallarse debidamente autorizado...” o “contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente” (artículo 325 del Código Penal)⁸³, que remiten ya en los presupuestos fácticos de la descripción típica a las disfunciones que pudieran derivar de las conductas que, siendo materialmente antijurídicas en cuanto perturbadoras del bien jurídico protegido, se hallasen cubiertas por una autorización civil o administrativa válida⁸⁴.

reglas siguientes...”, por lo que, utilizando una argumentación *a contrario*, parece que debe estimarse que la no mención del artículo 20.4 (legítima defensa) consagra legislativamente la exclusión en estos supuestos de la antijuridicidad general de la conducta. No obstante, considero que dicha regulación no es incompatible con la afirmación de un concepto específico de antijuridicidad penal, ya que la misma se muestra consecuente, como más adelante se analizará, con la aplicación a esta eximente de referencias teleológicas determinantes del efecto excluyente de antijuridicidad y, más concretamente, con el principio de prevalecimiento del Derecho frente al injusto que delimita su eficacia justificante.

⁸³ *Vid.*, en este sentido, por ejemplo, artículo 359 del Código penal: “El que, sin hallarse debidamente autorizado, elabore sustancias nocivas para la salud o productos químicos que puedan causar estragos, o los despache o suministre, o comercie con ellos, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses, e inhabilitación especial para profesión o industria por tiempo de seis meses a dos años”, o artículo 336: “El que, sin estar legalmente autorizado, emplee para la caza o pesca veneno, medios explosivos u otros instrumentos o artes de similar eficacia destructiva o no selectiva para la fauna, será castigado con la pena de prisión de cuatro meses a dos años o multa de ocho a 24 meses y, en cualquier caso, la de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de cazar o pescar por tiempo de uno a tres años. Si el daño causado fuera de notoria importancia, se impondrá la pena de prisión antes mencionada en su mitad superior”.

⁸⁴ Así, como señala la decisión del OLG Köln StrV 1986, p. 537, citada por Roxin, es imposible que cometa una contaminación ilegítima de las aguas la persona a quien le está autorizada esa actuación conforme a las disposiciones del Derecho civil o administrativo, ROXIN, C., *ATI*, 4ª ed., 2006, 14/31.

De este modo, la incardinación de tales elementos en el tipo penal⁸⁵ permite afirmar la vigencia en este ámbito de los principios de intervención mínima y subsidiariedad del Derecho penal, acogiendo las autorizaciones específicas de otros sectores jurídicos en la resolución de los conflictos de intereses⁸⁶.

Asimismo dicha recepción permite dar solución específicamente penal a cuestiones complejas cuyo adecuado tratamiento pertenece a otras ramas del Derecho, facilitando al intérprete la resolución de los conflictos que pudieran plantearse en el caso concreto⁸⁷, y situando la eficacia exonerativa de responsabilidad de tales autorizaciones en la legitimidad de su concesión y posterior ejercicio⁸⁸.

En ciertos casos, la introducción de autorizaciones procedentes de otros sectores jurídicos se produce incluso de manera doble,

⁸⁵ En relación con el concepto de antijuridicidad de la acción realizada en el ejercicio del cargo por la autoridad, ha sido precisamente el argumento de la unidad del ordenamiento jurídico el utilizado por los defensores de las denominadas “teorías administrativas” del concepto de conformidad a Derecho. Vid., al respecto, GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., *El ejercicio legítimo del cargo*, p. 56.

⁸⁶ A este respecto, señala JAKOBS, AT, 2ª ed., 1991,11/6a, que en la medida en que el supuesto de hecho de una norma de una rama jurídica remite a la regulación de otra rama, la regulación ha de asumirse sin modificar, lo que califica como el llamado “efecto de supuesto de hecho”, no planteándose problemas en orden a la afirmación de la unidad del orden jurídico.

⁸⁷ Refiriéndose al ámbito de la legislación sobre medio ambiente, y poniendo de manifiesto que hasta ahora en el Derecho español el problema se ha centrado en el concepto de Ley penal en blanco, sin ocupar un lugar relevante en la discusión las cuestiones específicas de subsidiariedad respecto al Derecho administrativo, PERRON, W., *Principios estructurales de la justificación en los Derecho penales español y alemán*, en Causas de Justificación y de Atipicidad en Derecho Penal, LUZÓN PEÑA/MIR PUIG coordinadores, 1995, p. 84.

⁸⁸ Todo ello en los casos en que se considere la autorización administrativa como causa de justificación, lo cual sucedería, según la opinión doctrinal mayoritaria, en los supuestos de prohibiciones represivas con reserva de permiso, esto es, cuando se autoriza excepcionalmente un comportamiento desaprobado en términos generales (ejemplo: artículo 359 antes citado), constituyendo por el contrario una causa de atipicidad cuando se delimitan en el tipo prohibiciones en las que el comportamiento en cuestión está socialmente aceptado por sí mismo, sirviendo el deber de obtener la autorización tan sólo a un control preventivo en atención a posibles puestas en peligro (prohibición preventiva con reserva de autorización),

como acontece en el artículo 360 del Código penal⁸⁹, dentro de los delitos contra la salud pública, en el que vienen a exigirse dos autorizaciones sucesivas, convirtiéndolo en un ilícito puramente formal.

Igualmente, la apertura del Derecho penal al resto del ordenamiento jurídico en materia de justificación se estima necesaria no sólo en orden a la eliminación de contradicciones axiológicas en el seno de un mismo ordenamiento nacional, sino también con la finalidad de abarcar los permisos derivados de derechos reconocidos por las normas internacionales, en especial las contenidas en el Derecho comunitario, cuando la aplicación de las mismas conlleva la realización de un tipo delictivo de derecho interno.

De este modo, y partiendo del principio de prevalencia del ordenamiento comunitario europeo sobre el derecho nacional, la adecuación de la conducta del ciudadano a las determinaciones de la normativa comunitaria podrá actuar como causa de exclusión de la antijuridicidad, una vez afirmada la previa realización del tipo⁹⁰.

Un argumento adicional a la necesidad de la previsión normativa contenida en el artículo 20.7, y que va más allá de las usuales

⁸⁹ Artículo 360 CP: “El que, hallándose autorizado para el tráfico de las sustancias o productos a que se refiere el artículo anterior, los despache o suministre sin cumplir con las formalidades previstas en las Leyes y Reglamentos respectivos, será castigado con la pena de multa de seis a doce meses e inhabilitación para la profesión u oficio de seis meses a dos años.”

⁹⁰ Resaltando la aptitud de la eximente de ejercicio legítimo de un derecho como técnica de resolución específica de nuevos conflictos internormativos, derivados de la incorporación de España a estructuras supranacionales con facultades jurídicas de obligado cumplimiento interno, MESTRE DELGADO, E., *La eximente de ejercicio legítimo de un derecho y las causas supraleales de justificación penal*, 2001, pp. 94-109, 156, 215-216; UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA, J.I., *La eficacia justificante de los derechos*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2003, pp. 84-87.

alegaciones en este ámbito al principio de unidad del ordenamiento jurídico⁹¹, lo ha proporcionado UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA, en relación con el ejercicio legítimo de derechos constitucionalmente reconocidos⁹², considerando una “incorrección técnica” la utilización de otros cauces, como las causas de justificación supraleales, para la aplicación de los mismos.

Así, el autor llama la atención sobre el hecho de que, rigiendo en nuestro ordenamiento constitucional un sistema de jurisdicción constitucional concentrada, si un órgano de la jurisdicción ordinaria constata en el caso concreto una contradicción entre

⁹¹ ANTÓN ONECA, J., *Derecho Penal*, 2ª ed., 1986, p. 200 (en cuanto dicho artículo realiza una función unificadora entre el Derecho penal y el resto del ordenamiento jurídico); CARBONELL MATEU, J.C., *La justificación penal*, 1982, pp. 131 y ss, (en cuanto la circunstancia permite combinar el respeto al principio de legalidad penal con la apertura del Derecho penal a la totalidad del orden jurídico como fuente de justificación); CERESO MIR, J., *Curso de Derecho Penal, II*, PG, 6ª ed., 1998, pp.179-180 (“encuentra reconocimiento de este modo la unidad del ordenamiento jurídico); MESTRE DELGADO, E., *La eximente de ejercicio legítimo de un derecho y las causas supraleales de justificación penal*, pp. 216-217 (“La razón de la eficacia eximente del ejercicio de un derecho radica, en última instancia, en el principio lógico de la no contradicción interna de un mismo ordenamiento jurídico, aunque su fundamento inmediato se encuentra en el principio del interés preponderante, lo que supone que, en todo conflicto normativo, late una tensión entre intereses protegidos que debe resolverse de manera casuística, a través de la ponderación (con criterios normativo-valorativos) de tales intereses enfrentados”, señalando a continuación que “satisface las funciones de armonización que derivan del principio de unidad del ordenamiento jurídico”); ORTS BERENGUER, E./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *Compendio de Derecho Penal*, 4ª ed. 2014, p. 375: “... como en otras ramas del ordenamiento (en Derecho administrativo, en Derecho civil, en Derecho tributario) se contienen derechos y obligaciones que, ejercitadas legítimamente y dentro de ciertas circunstancias, autorizan a sus titulares a realizar conductas típicas, que lesionan bienes de terceros, el art. 20.7 no podía sino reflejar esta realidad y declarar exento de responsabilidad penal a todo el que cumple un deber o ejerce un derecho o un oficio legítimamente; un deber, un derecho o un oficio que impone, reconoce o para el que faculta el conjunto del ordenamiento jurídico. El resultado ha sido que el art. 20.7 contiene una cláusula general de justificación, indicativa de que en nuestro ordenamiento jurídico las causas de justificación no conforman un sistema cerrado, sino abierto, ya que permite acoger en su tenor a cualquier derecho o deber procedente de otras normas del Derecho. Queda consagrado, pues, de esta forma un principio obvio: quien obra conforme a Derecho nunca puede comportarse antijurídicamente”.

⁹² UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA, J.I., *La eficacia justificante de los derechos*, pp. 235-253, 257-258.

una norma de rango legal y la Constitución (en este caso, entre la prohibición contenida en el tipo penal y el derecho reconocido constitucionalmente, que se pretende articular como causa de justificación), deberá recabar la competencia del Tribunal Constitucional para conocer del asunto (cuestión de inconstitucionalidad), pero no puede considerar por sí mismo la norma como ineficaz y decidir inaplicarla.

La posibilidad, por consiguiente, de aplicación directa del derecho como causa de justificación sólo se hace efectiva a través de la previsión legal expresa del artículo 20.7, que actúa de habilitación en orden a que el Juez ordinario aprecie la exclusión de la antijuridicidad de la conducta típica realizada⁹³.

La concepción de la justificación penal como categoría que expresa la unidad del ordenamiento y la ausencia de contradicciones en el seno del mismo se vería por tanto reforzada por los factores anteriormente indicados: ausencia de regulación expresa de las causas de justificación en derecho civil, abundancia de autorizaciones administrativas dispersas en los correspondientes tipos legales, necesidad de dar acogida a los derechos reconocidos en los órdenes constitucional y comunitario (con la imposibilidad de alegación respecto del primero que se produciría en ausencia de la regulación del 20.7), así como, en definitiva, la existencia en nuestro ordenamiento de una previsión

⁹³ A ello no obsta, según el autor, las dos excepciones que se producen respecto a dicha regla general y que son: 1) aquellos casos en que el órgano que constate esa eficacia protectora sea el Tribunal Constitucional, dada su independencia de los demás órganos constitucionales y su sometimiento tan sólo a la Constitución y a la LOTC (artículo 1.1 de la L.O. 2/79, del Tribunal Constitucional, de 3 de octubre) 2) supuestos en que se trata de constatar la eficacia protectora de las normas comunitarias que atribuyen derechos subjetivos ante conductas penalmente típicas realizadas en su disfrute, al actuar en este caso el Juez nacional como Juez comunitario o de Derecho comunitario. Así, *ob. cit.*, pp. 249-253.

legal expresa que consagra la apertura al resto del ordenamiento habilitando la eficacia permisiva en Derecho penal de las autorizaciones procedentes del resto de los sectores jurídicos.

B) Compatibilidad de la procedencia extrapenal de las causas de justificación con un concepto no unitario de antijuridicidad

Esto sentado, se hace necesario concluir si tal aplicabilidad directa de las causas de justificación no penales al ámbito criminal conlleva inexorablemente la adopción del tradicional y ampliamente mayoritario concepto unitario de antijuridicidad.

En este sentido, y como he indicado en los apartados anteriores, llama la atención en primer término la estrecha vinculación que se realiza en este ámbito entre unidad del ordenamiento y juicio de antijuridicidad general⁹⁴, sin considerar a este respecto que dicha unidad constituye en estos casos la consecuencia fáctica a la que conduce la aplicación del que es, a mi juicio, el verdadero referente valorativo en esta sede: el principio de intervención mínima del Derecho penal.

Éste se concreta en su carácter accesorio⁹⁵ frente a la calificación como justificada de una conducta en otro sector del

⁹⁴ Como excepción puede mencionarse, entre otros en la doctrina española, además de las posturas de OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TOCILDO, *Derecho Penal. PG. Teoría jurídica del delito*, 2ª ed., 1986, p. 186 y DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *La categoría de la antijuridicidad en Derecho penal*, pp. 87 y ss, ya citadas, las afirmaciones que realiza MIR PUIG, *Derecho Penal, PG*, p. 484: “Si lo lícito de un sector no penal del Derecho no puede al mismo tiempo castigarse por el Derecho penal es por algo más que la unidad del ordenamiento jurídico: es por la función de ultima ratio del Derecho penal dentro del conjunto unitario del ordenamiento jurídico”, de donde colige que no todo lo que es lícito para el Derecho penal debe serlo para las demás ramas del Derecho.

⁹⁵ Carácter accesorio que, paradójicamente, fue negado en principio por partidarios de un concepto específico de antijuridicidad penal, motivado sin duda por la utilización de dicho argumento, como se ha reseñado, por los

ordenamiento, eliminando de este modo las contradicciones axiológicas que se derivarían de un Derecho penal que, afirmando por un lado su papel de *ultima ratio* frente al conjunto de los comportamientos perturbadores de la convivencia social, negara sin embargo la conformidad a Derecho de conductas autorizadas en el resto del ordenamiento.

En segundo lugar, la apertura del Derecho penal a los permisos procedentes de otros sectores jurídicos no debe conllevar necesariamente que en el elemento del delito antijuridicidad, frente a lo que sucedería por el contrario en el seno de la tipicidad y la culpabilidad, se esté realizando un juicio de ilicitud general, no específicamente penal, sino que al permitir la recepción de dichas normas permisivas se está actuando de la misma manera que acontece en la configuración de los tipos, en los que del conjunto de las conductas prohibidas se selecciona en atención a las finalidades propias del Derecho penal aquellas que devienen merecedoras de tutela penal, sin que por otra parte nadie cuestione en la doctrina que dicha operación es propiamente penal.

Igualmente, mediante la consideración de las causas de justificación del resto del ordenamiento, y su sometimiento al filtro que supone el principio de intervención mínima en Derecho penal, se determinará si la conducta típica debe, atendiendo a las circunstancias especiales del caso concreto, merecer el calificativo de antijurídica.

defensores de la concepción unitaria para justificar el concepto de antijuridicidad general, al partir de un concepto de norma no penal. En este sentido, LOBE, A., *Der Einfluss des bürgerlichen Rechts auf das Strafrecht*, Festgabe für Reinhard von Frank, I, 1930 (reimpresión 1969), Tübingen, pp. 35, 59-61.

**C) Excepciones a la aplicabilidad inmediata de permisos
extrapenales?**

La cuestión que se plantea a continuación es si dicha aplicabilidad inmediata de las causas de justificación extrapenales admite o no excepciones, aun afirmando la idea de unidad del ordenamiento jurídico.

En este sentido, JAKOBS ha puesto de manifiesto que tal aplicabilidad será posible siempre y cuando la valoración de la antijuridicidad recaiga sobre idénticos objetos de valoración en idéntico contexto, lo cual frecuentemente no sucede cuando ésta pertenece a diversas ramas del derecho.

En dichos casos “el ir de acá para allá entre las diversas ramas no es entonces admisible”⁹⁶. Por el contrario, si fuera del Derecho penal se regula una justificación de modo que el objeto y el contexto coinciden con el conflicto de intereses sometido a la decisión penal, dicha justificación debe tener validez en Derecho penal⁹⁷.

⁹⁶ JAKOBS, G., AT, 2ª ed., 1991, 11/5-6. En la misma línea, subrayan MAURACH/ZIPF, AT, 8ª ed., 1992, 25/12, que dentro del concepto de unidad del ordenamiento jurídico debe distinguirse entre el concepto jurídico general de unidad del injusto en el conjunto del Derecho y su concreta configuración en los particulares ámbitos jurídicos, que desarrollan su propia contemplación de la antijuridicidad según sus tareas y fines específicos. De este modo, señalan que puede darse lugar a diferencias en la determinación de la antijuridicidad y en el reconocimiento y configuración de las causas de justificación en los ámbitos jurídicos específicos, poniendo como ejemplo a este respecto el consentimiento presunto y sus mayores exigencias en derecho civil que en el penal, así como la incapacidad del estado de necesidad del parágrafo 34 del Código penal para autorizar poderes de intervención de órganos estatales en los derechos individuales de los ciudadanos.

⁹⁷ Aplicando tal concepción a las situaciones especiales de necesidad, JAKOBS, G., en *Kommentar: Rechtfertigung und Entschuldigung bei Befreiung aus Besonderen Notlagen (Notwehr, Notstand, Pflichtenkollision)*, en *Rechtfertigung und Entschuldigung*, IV, ob. cit., pp. 161-162, 166-169.

Por otro lado, una postura extrema en este sentido, negando la aplicabilidad de las causas de justificación del Derecho civil al penal, es la representada por HELLMANN⁹⁸.

El autor, partiendo de un concepto diferenciado de antijuridicidad en Derecho civil, afirma a este respecto que con la llamada a la unidad del ordenamiento no se solucionan todas las dificultades en el plano de las causas de justificación, sino que, en la línea manifestada por KIRCHHOF⁹⁹ y GÜNTHER¹⁰⁰, éste expresa una tarea de unificación, no siendo sin embargo apto para decidir los conflictos valorativos.

Más bien al contrario, se hace preciso eliminar las contradicciones normativas que pueden surgir dadas las diferencias existentes en los distintos sectores jurídicos, condicionadas por las tareas diversas que le son encomendadas¹⁰¹.

De este modo, HELLMANN considera que, una vez afirmado que tanto el concepto de antijuridicidad civil como el penal difieren de aquél configurado por la teoría general del Derecho y la filosofía del Derecho, pudiendo ser antijurídico penalmente aquello que está autorizado en el ámbito civil (por ejemplo, la tentativa

⁹⁸ HELLMANN, U., *Die Anwendbarkeit der zivilrechtlichen Rechtfertigungsgründe im Strafrecht*, Carl Heymanns Verlag KG, 1987, passim, en especial, *vid.*, pp. 5-8, 92 y ss, 102 y ss, 191-195.

⁹⁹ KIRCHHOF, *Unterschiedliche Rechtswidrigkeiten*, 1978, pp. 8 y ss, 25-28, 30 y ss.

¹⁰⁰ GÜNTHER, H.L., *Strafrechtswidrigkeit und Strafrechtsausschluss*, 1983, pp. 91-98; el mismo, en *Rechtfertigung und Entschuldigung in einem teleologischen Verbrechenssystem*, 1987, pp. 379-383; el mismo, *Die Klassifikation von Rechtfertigungsgründen im Strafrecht*, FS für Spandel, 1992, pp. 189 y ss.

¹⁰¹ HELLMANN, U., *Die Anwendbarkeit*, *ob. cit.*, pp. 104-105.

inidónea¹⁰²), se hace imaginable que una proposición permisiva civil sólo actúe en este campo, pero no pueda eliminar la antijuridicidad penal. La traslación al ámbito penal de causas de justificación civiles no será por regla general posible dados los diferentes presupuestos y finalidades que conforman ambas ramas jurídicas.

Así, el autor procede a un análisis comparativo de las distintas causas de exclusión del injusto civil¹⁰³ concluyendo en la diferencia de fundamentación de las mismas respecto del Derecho penal, divergencias que en ocasiones vienen contenidas en la Ley, como sucede por ejemplo con el llamado estado de necesidad agresivo del parágrafo 904 del BGB, en el que la intervención en cosas ajenas sólo está justificada en caso de daños desproporcionadamente graves, mientras que el parágrafo 34 del StGB alude a un interés esencialmente preponderante.

En la medida en que las distintas ramas del Derecho se fundamentan a través de finalidades específicas, no constituyendo el injusto penal un injusto civil cualificado, la no aplicabilidad de las causas de justificación civil se deriva de la

¹⁰² Nótese la confusión en la que recae en este punto el autor, al solapar elementos fundadores del injusto, propios de la tipicidad, sobre los que no se discute que pueden revestir características propias determinadas por los fines en cada sector del ordenamiento (en este caso la afirmación de un tipo de tentativa inidónea), con los elementos que excepcionan o limitan la prohibición general previamente afirmada, y que concluirán con el juicio sobre la concurrencia o no de la antijuridicidad de la conducta. Así, en *Die Anwendbarkeit*, ob. cit., p. 7.

¹⁰³ Distinguiendo entre las causas de justificación civiles con correspondencia en el Derecho penal, tales como la legítima defensa, el estado de necesidad o las diferentes constelaciones de intervenciones autorizadas en la posesión, y los permisos civiles que no gozan de dicha correspondencia, tales como la gestión de negocios sin mandato o el derecho de corrección. *Vid.*, ob. cit., pp. 115-186.

necesidad de asegurar que no existan contradicciones valorativas entre ellas¹⁰⁴.

Igualmente, la traslación inmediata de las causas de justificación civiles choca, a juicio del autor, con el tradicional efecto atribuido a las causas de justificación penales, en cuanto se afirma que las mismas otorgan un derecho de intervención con el correlativo deber de tolerancia de la víctima¹⁰⁵.

Así, la aplicación de dichas causas implicaría la negación de la posibilidad de defensa por parte de la víctima de la intervención justificada por una autorización civil, efecto que no es propio de las autorizaciones civiles en las que falta habitualmente el grado de conocimiento ínsito en las penales, de tal manera que la víctima a causa de su defensa inesperada podría verse expuesto a persecución penal¹⁰⁶.

D) Valoración crítica y toma de postura

Si bien la tesis expuesta presenta la virtualidad de mostrar la necesidad de conformar la categoría de la justificación en atención a las finalidades específicas de cada rama del Derecho, debe rechazarse la negativa a contemplar la aplicabilidad de permisos procedentes de otros sectores en Derecho penal, no sólo por las consideraciones relativas al principio de intervención mínima que han sido subrayadas, sino igualmente porque las disfunciones que puedan surgir en este contexto pueden ser resueltas en nuestro derecho mediante una adecuada exégesis de la normativa legal.

¹⁰⁴ HELLMANN, U., *Ibidem*, pp. 93 y 102.

¹⁰⁵ *Vid.*, por todos, S/S-LENCKNER, T./STERNBERG-LIEBEN, D., 29ª ed., 2014, ante parágrafo 32, nm. 10, con las referencias allí contenidas.

¹⁰⁶ HELLMANN, U., *Ibidem*, pp. 103-104.

Así, no existe en el derecho positivo español, como se ha resaltado anteriormente, una regulación expresa de las causas de exclusión de la antijuridicidad en Derecho civil¹⁰⁷, lo cual ha motivado que la recepción de las mismas en Derecho penal se haya desarrollado a través del filtro del artículo 20.7, y en concreto mediante la alegación de la eximente de ejercicio legítimo de un derecho.

Es en este contexto, y fundamentalmente a través de la interpretación del término *legítimo* contenido en la disposición legal, donde deben solucionarse las eventuales contradicciones axiológicas que pudieran surgir.

También debe tomarse en consideración en este ámbito que en nuestro derecho, a diferencia de otros ordenamientos como el alemán, la naturaleza jurídica de las eximentes no se halla tan nítidamente establecida.

En este sentido, el artículo 20 de nuestro Código penal permite un mayor campo de acción al dogmático que la mención expresa al estado de necesidad justificante y exculpante contenida en el parágrafo 34 del Código penal alemán.

Por tanto, no estamos realmente ante una aplicación automática de permisos extrapenales en este ámbito, sino que éstos son

¹⁰⁷ Por consiguiente, el problema central en nuestro Derecho ha consistido por el contrario en determinar si pueden ser aplicadas las causas de justificación penales al Derecho civil, por medio de un razonamiento analógico, lo cual no es puesto en duda por los autores que atribuyen a la responsabilidad civil *ex delicto* regulada en el Código penal una naturaleza estrictamente civil. Cfr., en este sentido, PANTALEÓN PRIETO, A.F., *Comentario a la STS de 13 de julio de 1984*, en CCJC, septiembre-diciembre 1984, núm. 6, p. 1964; YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad civil contractual y extracontractual*, vol. I, 1993, p. 52

trasladados de una rama del Derecho a otra en la medida en que observen el requisito de su legitimidad¹⁰⁸.

Para ello debe procederse a una ponderación de los intereses en conflicto que permita verificar si el interés regulado extrapenalmente alude al mismo objeto de valoración sobre el que recae la conceptualización de la conducta como típica¹⁰⁹, así como si, una vez afirmada dicha identidad de objeto y contexto normativo, no concurrió en el caso un ejercicio ilegítimo del derecho en cuestión.

Todo ello no obsta a que deba tenerse presente las diferencias en la configuración de la antijuridicidad en Derecho civil o Derecho administrativo frente a aquella que se produce en el ámbito penal.

En los primeros el concepto de antijuridicidad viene fundamentalmente determinado por la simple causación de un estado jurídicamente desaprobado, mientras que en Derecho penal la necesidad de un desvalor de acción en la configuración del injusto, sea o no acompañado del desvalor de resultado, es requerido actualmente en la doctrina de manera casi unánime¹¹⁰.

¹⁰⁸ Así, como ha señalado la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, la aplicación de la eximente requiere la concurrencia de los siguientes requisitos: a) que la conducta enjuiciada sea la necesaria para cumplir ese derecho; b) que no existan abusos o extralimitaciones en su ejercicio; c) que también concorra una adecuada proporcionalidad entre el derecho ejercido y el resultado lesivo originado en el bien jurídico protegido (en este sentido, vid., por todas, la STS 627/1996, de 3 de octubre).

¹⁰⁹ Abundando en dicha argumentación pueden acogerse las observaciones realizadas por DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *La categoría de la antijuridicidad en Derecho penal*, ob. cit., p. 142., sobre la necesidad de que la conducta haya adquirido su ilicitud específica, tanto en el sector jurídico extrapenal como en el correspondiente al ámbito penal, a partir de valoraciones direccionalmente coincidentes.

¹¹⁰ Así, STRATENWERTH alude a las particularidades que pueden darse en la calificación como antijurídica de una conducta en los distintos ámbitos jurídicos, al diferir tanto la materia como la estructura de los mismos, vid., STRATENWERTH, G./KUHLLEN, L., AT, 6ª ed., 2011, pp. 74-75. Por su parte, ARMIN KAUFMANN resalta las diferencias que se derivan de la consideración

Desde mi punto de vista, la exigencia a este respecto de un concepto de antijuridicidad general por los seguidores de la concepción unitaria parte de un entendimiento de la antijuridicidad excesivamente vinculado a su carácter formal, como contrariedad del comportamiento a la norma, lo cual constituye más que una definición una tautología, sin consideración de las diferencias materiales que se derivan de la interpretación de dicho concepto en las distintas ramas del Derecho.¹¹¹

La confusión, a su vez, radica en la tradicional contraposición entre injusto específico penal y antijuridicidad general, contraposición a mi entender improcedente, ya que también en el seno de la verificación de la antijuridicidad de una conducta típica el juicio que recae es exclusivamente penal, divergiendo únicamente del previo juicio formulado en el tipo en la consideración de la conducta en el caso concreto, en orden a concluir si la valoración de los intereses en conflicto (que pueden ser extrapenales, en aplicación de principio de intervención

del principio de culpabilidad en Derecho penal, mientras que en el Derecho civil es evidente que no todas las consecuencias jurídicas presuponen la culpa, así, en *Die Rechtswidrigkeit im Zivil- und Strafrecht, Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert*, en *Strafrechtsdogmatik zwischen sein und Wert. Gesammelte Aufsätze und Vorträge*, Carl Heymanns Verlag KG. Colonia, Berlin, Bonn, Munich, 1982, p. 37.

¹¹¹ Como expone brillantemente KIRCHHOF, existe acuerdo sobre la consideración formal de la antijuridicidad como contradicción a las normas del Derecho pero dicha indicación no responde sin embargo a la cuestión de qué realidad debe ser juzgada, los criterios de dicho juicio y las consecuencias que se desprenden de la misma. En esta línea el autor reconocerá la importancia del principio de unidad del ordenamiento en orden a la evitación de contradicciones en el seno del mismo mediante una tarea de unificación, la cual sin embargo no obsta a que el ordenamiento jurídico sólo demuestre su eficacia cuando toma en consideración los distintos fines y valoraciones de cada rama jurídica, afirmándose así la existencia de juicios diversos de antijuridicidad dentro del mismo. *Vid.*, KIRCHHOF, P., *Unterschiedliche Rechtswidrigkeiten*, 1978, pp. 8 y ss.; 27 y ss.

mínima), permite contrarrestar la lesión o puesta en peligro del bien jurídico en un primer momento afirmada.

A dicha confusión ha contribuido, sin duda, la tendencia a utilizar en la doctrina el término injusto como sinónimo de ilícito tipificado¹¹², es decir, la consideración del injusto como sustantivo, como materia de prohibición, frente la antijuridicidad como una pura relación de contrariedad de la conducta con todo el ordenamiento jurídico¹¹³.

La distinción entre injusto como sustantivo y antijuridicidad como predicado se muestra, desde la perspectiva de un sistema orientado a las finalidades político-criminales del Derecho penal, imprecisa e inadecuada.

Imprecisa porque la misma procede a incardinar todos los elementos específicamente penales en el ámbito del injusto así configurado, dejando tan sólo para la antijuridicidad una tarea de confrontación de la conducta con el conjunto del ordenamiento, de tal manera que el contenido concreto de la misma viene a reducirse a la ausencia de causas de justificación en la conducta típica, entendidas en una perspectiva unitaria, siendo así que la legítima defensa y el estado de necesidad sólo están regulados en el Código penal, así como que en la determinación de la ilicitud en

¹¹² A dicho tradicional entendimiento del término injusto se refiere LARRAURI PIJOÁN, E., *Función unitaria y teleológica de la antijuridicidad*, ADPCP, 1995/III, p. 867-868, reseñando que el injusto, en cuanto acto ilícito tipificado que constituye el objeto de la valoración, es específico, pero cuando se afirma que el mismo es antijurídico se pasa a realizar un juicio de valoración por medio del cual se afirma que está en relación de contradicción con todo el ordenamiento jurídico.

¹¹³ Así, WELZEL, H., *Das Deutsche Strafrecht*, 11^a ed., 1969, p. 52, concluyendo a este respecto que “todas las materias de prohibición reguladas en los distintos ámbitos jurídicos son antijurídicas para el conjunto del ordenamiento”.

el caso concreto deben ponderarse asimismo referencias exclusivamente penales.

De este modo, se observa con frecuencia cómo se utilizan las voces injusto y antijuridicidad como términos contrapuestos, una vez afirmada la tipicidad penal de la conducta, lo cual resulta contraproducente, a menos que se aluda en dicho contexto a un injusto “genérico”, frente al injusto específico que supone la previa delimitación típica.

Ante ello, cabe plantearse si la tipicidad y la antijuridicidad no responden en el fondo a una misma categoría valorativa, que expresa la prohibición penal del hecho desde una perspectiva general, como contrariedad a la norma penal, una vez abandonada una concepción estrictamente descriptiva del tipo.

Dotar a una categoría del delito con el contenido limitado de “ausencia de causas de justificación” no se muestra coherente con un sistema estructurado conforme a decisiones político-criminales básicas, en el que desde dicho punto de vista resulta una tarea ardua sostener la distinción tipo-antijuridicidad.

Y en segundo lugar, es inadecuada porque parte de un concepto de norma general primaria desvinculado de las funciones del Derecho penal, soslayando que la decisión político-criminal básica a que se enfrenta la categoría de las causas de justificación es si cabe en el caso concreto la ratificación de la norma penalmente configurada, es decir, la norma que prohíbe bajo amenaza de pena determinados comportamientos en cuanto contienen un riesgo especialmente grave de lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos fundamentales.

En este sentido, no se duda de que en la selección de las conductas penalmente relevantes en el ámbito del tipo se parte de la consideración de los comportamientos generalmente antijurídicos en el conjunto del ordenamiento, delimitando aquellos que merecen la especial protección penal, así como que en el campo de la justificación deban también acogerse intereses extrapenales en orden a determinar el carácter antijurídico de la conducta, pero ello no comporta, en modo alguno, que dicho juicio de antijuridicidad sea único y general para todas las ramas del Derecho, sino que el mismo debe recaer en Derecho penal sobre la pertinencia del mantenimiento de la prohibición bajo amenaza de pena del comportamiento típico en el supuesto conflictivo suscitado.

Sostener, como hacen los partidarios de la concepción unitaria de la antijuridicidad, que la misma constituye el elemento del delito por el que se expresa la relación de contradicción del hecho con el ordenamiento jurídico en su conjunto¹¹⁴, no supone precisar una referencia valorativa susceptible de autonomía en el sistema dogmático del delito, sino que dicha afirmación es compatible con el mantenimiento de una antijuridicidad específicamente penal¹¹⁵,

¹¹⁴ Vid., por ejemplo, MARINUCCI/DOLCINI, *Corso di Diritto Penale*, I, 1995, pp. 278-279: “para la subsistencia del delito, no basta una conducta conforme al hecho descrito en la norma incriminadora: se requiere por el contrario que la realización en concreto del hecho se ponga en una relación de contradicción con todo el ordenamiento jurídico. La antijuridicidad es el concepto con el cual se describe, como segundo elemento del delito, la relación de contradicción entre el hecho y el conjunto del ordenamiento jurídico.” En el mismo sentido, en *Cause di giustificazione*, en *Studi di diritto penale*, 1991, pp. 97 y ss.

¹¹⁵ La negación de dicha compatibilidad lleva a autores como GÜNTHER a establecer la conocida división entre causas propias de exclusión del injusto penal (que excluyen sólo la antijuridicidad penal de la conducta) y causas impropias de exclusión del injusto penal (que excluyen la antijuridicidad general de la conducta), no mostrándose de este modo totalmente consecuente con su propósito inicial de acometer una reconstrucción teleológica de la categoría de la antijuridicidad. Así, en *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss*, 1983, pp. 251 y ss; el mismo, en *Klassifikation der Rechtsfertigungsgründe im Strafrecht*, FS für Spendel, 1992, pp. 189 y ss. Sobre ello, *vid. infra*, cap. III.

como sucede cuando ésta se analiza desde su perspectiva material.

Así, dicha puesta en relación con el ordenamiento puede ser llevada a cabo por la antijuridicidad desde el momento en que las exigencias del principio de intervención mínima así lo determinan, sin que por ello deba negarse a la comprobación de la ilicitud en el caso concreto su carácter de juicio penal, que igualmente atiende a intereses extrapenales en orden a excluir la tipicidad de la conducta.

En consecuencia, para el reconocimiento de causas de justificación extrapenales no es necesario ni el mantenimiento de la dicotomía tipicidad (penal)-antijuridicidad (general), ni la consideración de esta última con base exclusivamente en dichos principios jurídicos generales.

2.- LA EXCLUSIÓN DE RESPONSABILIDAD JURÍDICA POR LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

A) Ruptura del postulado: responsabilidad civil en el estado de necesidad

El postulado de la unidad del orden jurídico conlleva igualmente, desde el punto de vista de la concepción unitaria de la antijuridicidad, la unificación de los efectos atribuidos a las causas de justificación en todo el ordenamiento jurídico: las

mismas no sólo excluyen la responsabilidad penal, sino toda consecuencia jurídica¹¹⁶.

Desde esta concepción, se llega incluso a afirmar que el criterio que sirve para identificar cuándo nos hallamos en presencia de una causa de justificación será precisamente la ausencia de toda responsabilidad en la conducta del sujeto¹¹⁷.

En nuestro derecho positivo la regulación de las causas de justificación en relación con la responsabilidad civil se halla contenida en el artículo 118 del Código Penal, en el cual puede observarse una primera distorsión respecto del principio antes esbozado: así, en los casos de estado de necesidad del artículo 20.5 del Código penal (y, por consiguiente, sin distinguir a estos efectos entre estado de necesidad justificante y exculpante) “serán responsables civiles directos las personas en cuyo favor se haya precavido el mal, en proporción al perjuicio que se les haya evitado, si fuera estimable o, en otro caso, en la que el Juez o Tribunal establezca según su prudente arbitrio”.

Teniendo en cuenta que el mencionado artículo no contiene ninguna referencia a los números 4 (legítima defensa) y 7 (cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo) del meritado artículo 20, podría pensarse en un principio que nos hallamos ante una excepción del postulado

¹¹⁶ Vid. las indicaciones bibliográficas citadas en las notas 3 y 90, con las referencias allí contenidas.

¹¹⁷ Así, en la STS de 7 de junio de 1988 se afirma que la acción civil que surge *ex delicto* no nace en los casos de causas de justificación y sí en los de falta de capacidad de culpabilidad o inexigibilidad de otra conducta, llegándose a indicar que en los supuestos de ausencia de antijuridicidad no existe un delito en los términos de la norma procesal (se aludía al artículo 637.2 de la LECRIM), *ya que no surge la responsabilidad civil derivada del mismo* (cursiva añadida).

previamente afirmado, deviniendo procedente entonces la responsabilidad civil en dicho supuesto de estado de necesidad.

Sin embargo, dicha excepción ha sido negada por los partidarios del concepto unitario de antijuridicidad, afirmándose que en estos casos resulta excluida igualmente la antijuridicidad del daño y fundamentándose la obligación de responder civilmente bien en la institución del enriquecimiento injusto, bien en la obligación cuasi contractual derivada de la gestión de negocios ajenos¹¹⁸.

En el mismo sentido, la Jurisprudencia cuestiona la posible aplicación de las normas de responsabilidad civil en el estado de necesidad justificante, al entender que en los supuestos de causas de justificación no hay delito, por lo que difícilmente podría concurrir la llamada responsabilidad civil “ex delicto”, teniendo en cuenta igualmente la posibilidad abierta al perjudicado de acudir a la vía civil por enriquecimiento injusto.

¹¹⁸ Así, ANTÓN ONECA, J., *Derecho penal*, 2ª ed., 1986, p. 651, el cual a su vez se remite a Silvela como el penalista que con anterioridad señaló que no se trataba de exigir en estos casos responsabilidad civil por un hecho previsto en la ley como delito, sino de distribuir las consecuencias de un mal entre personas que estaban ligadas por un cuasi contrato o por una especie de mancomunidad que la ley reconoce; CERESO MIR, J., *Curso de Derecho Penal español II*, PG, 6ª ed., 1998, p. 181, nota 18: “Lo cual no impide que se derive una responsabilidad civil basada no en la ilicitud de la conducta, sino en otros principios, como el de gestión de negocios ajenos o del enriquecimiento injusto, como sucede en los supuestos de auxilio necesario, en la eximente de estado de necesidad”. Asimismo, desde la doctrina civilista señala Díez-PICAZO, L., *La doctrina del enriquecimiento injustificado*, en *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa*, 1988, p. 57, que en los casos en que la responsabilidad por daños resulta extinguida por haber actuado el agente en virtud de la causa de justificación consistente en el estado de necesidad “según una regla que se encuentra en nuestro Código Penal, de acuerdo con una larga tradición, el daño ocasionado por el supuesto típico, pero no antijurídico, se resarce. Sin embargo, no lo resarce el causante sino el beneficiario del sacrificio que se ha impuesto a la víctima. Y no se resarce en la medida del daño, sino en la del enriquecimiento”. Por su parte, PANTALEÓN se muestra más partidario de incluir estos casos en la gestión de negocios al señalar que en estos supuestos el titular del bien amenazado estará también obligado a indemnizar al dañado, junto al acreedor culpable de la situación de peligro, según lo dispuesto en los artículos 1893 II del Código civil y 20 I.2 del Código Penal, PANTALEÓN PRIETO, A.F., *Comentario al artículo 1902 del Código Civil*, en *Comentarios del Código Civil*, t. II, 1991, p. 1986.

En concreto, el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 24 de enero de 1995, en la que se enjuiciaba la comisión por el acusado de un delito de infracción de la Ley de caza, al abatir a un oso que le acometió de improviso, estimó no haber lugar al recurso de casación interpuesto contra la sentencia absolutoria dictada por la Audiencia Provincial, negando expresamente la aplicabilidad de responsabilidad civil dada la concurrencia de estado de necesidad justificante¹¹⁹.

No puede dejar de señalarse a este respecto la incongruencia que supone desde dicho punto de vista manifestar el efecto general de la causa de justificación por parte de la doctrina penal, al tiempo

¹¹⁹ Así, la sentencia mencionada procede a efectuar una aplicación extensiva de los criterios previstos para las restantes causas de justificación cuando señala: “Ciertamente la regla 2ª del art. 20 del C. Penal (Código penal Texto Refundido de 1973) se refiere a la eximente de estado de necesidad sin hacer distinción alguna entre las dos modalidades del mismo, doctrinal y jurisprudencialmente reconocidas; pero no es menos cierto que las restantes causas de exención de la responsabilidad criminal a que se refiere dicho artículo son causas de inimputabilidad (enfermedad mental, trastorno mental transitorio, minoría de edad, grave alteración de la conciencia de la realidad y miedo insuperable), sin que se aluda para nada a las causas de justificación del mismo artículo 8º del C. Penal (legítima defensa, cumplimiento de un deber y ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo). De modo que, en principio, *parece lógico aplicar al estado de necesidad justificante el mismo criterio que el propio Código Penal mantiene para las causas de justificación.*” (cursiva añadida).

Igualmente, se procede a establecer un paralelismo entre la defensa frente a una agresión injusta y la defensa ante el acometimiento no provocado de un animal, por lo que al Tribunal Supremo no le resulta difícil concluir que “No responde a la lógica ni a las exigencias jurídicas que, cuando una persona se defiende legítimamente de la injusta agresión de otra no tenga obligación de indemnizarla por los daños y perjuicios que le haya podido irrogar, a ella o a su familia, y, si se defiende del acometimiento- no buscado ni provocado- de un animal, haya de indemnizar al que resulte perjudicado por la pérdida de éste, cuando, incluso, el Código Civil prevé una particular responsabilidad objetiva para los poseedores de animales (art. 1905 del C. Civil).” Sin embargo, con dicho proceder, la sentencia procede a equiparar los presupuestos del estado de necesidad con los de la legítima defensa, los cuales no concurrían en el supuesto enjuiciado, así como a efectuar una interpretación *contra legem* en la que se denota contradicción cuando por el contrario se señala que en estos casos siempre quedará abierta al perjudicado la vía civil por enriquecimiento injusto, ya que no puede concurrir responsabilidad civil “ex delicto”, al no existir éste. No obstante, con ello se obvia una cuestión fundamental: la responsabilidad civil “ex delicto” prevista en el Código Penal es, en todo caso, responsabilidad exclusivamente civil.

que se subraya la persistencia de “responsabilidad” civil, ciertamente motivada por el tenor literal del precepto, si bien no basada en el carácter antijurídico de la misma.

Así, de manera más matizada, se ha puesto de manifiesto por DÍEZ-PICAZO/GULLÓN que “La actuación en estado de necesidad excluye la antijuridicidad. Crea, sin embargo, un derecho del perjudicado contra el beneficiario. Ahora bien, este derecho no constituye un caso de responsabilidad civil, puesto que falta el requisito de que el comportamiento dañoso sea antijurídico. Tampoco es en puridad un genuino deber de indemnización. En rigor se trata de restablecer un equilibrio patrimonial roto”¹²⁰.

No obstante, con dicha argumentación se evidencia la configuración diversa que ostenta la antijuridicidad en Derecho civil frente al Derecho penal, ya que mientras en este ámbito la imposición de cualquier consecuencia jurídica requiere inexorablemente la previa afirmación de la antijuridicidad de la conducta, en el Derecho civil la obligación indemnizatoria puede venir condicionada por otros factores determinados por la función específica de dicho sector jurídico¹²¹, pudiendo afirmarse la existencia de daños no antijurídicos que generen obligación de indemnizar, y llegándose a cuestionar incluso la imprescindibilidad del requisito de la antijuridicidad para la afirmación de la responsabilidad civil extracontractual.

¹²⁰ DÍEZ PICAZO/GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho civil*, vol. II, 1990, p. 612. (cursiva añadida).

¹²¹ Reveladoras a este respecto son las manifestaciones de GIMBERNAT, E., *El estado de necesidad: un problema de antijuridicidad*, en Estudios de Derecho Penal, 1976, p.221, el cual, en relación con la tesis que niega la responsabilidad civil en el estado de necesidad justificante, afirma: “Esta tesis, contradicha por el propio CP, que en la regla segunda del artículo 20 determina quiénes son civilmente responsables en el estado de necesidad, sin tener para nada en cuenta criterios de juridicidad o antijuridicidad penales, desconoce que indemnización de daños y responsabilidad penal son consecuencias jurídicas que operan en virtud de principios completamente independientes.”

En este sentido, afirma MIR PUIG que “la justificación puede excluir la responsabilidad civil derivada del delito”, añadiendo que “el injusto no es siempre presupuesto necesario de la responsabilidad civil”, lo cual se debería a una diversa fundamentación en su contenido: la responsabilidad civil se basa en un daño económico que no se considera justo que deba soportar la víctima, pudiendo subsistir pese a la licitud de la conducta.

Así, por lo que respecta al caso concreto del artículo 118,1 regla 3ª del Código penal, concluye el autor que “En este caso no es precisa ni siquiera la tipicidad positiva, sino sólo el perjuicio evitado. Ello se debe a que la responsabilidad civil no es una sanción impuesta a consecuencia de una conducta antijurídica, sino una forma de restablecer una situación económica anterior”¹²².

La conexión antijuridicidad-responsabilidad civil con la que se opera en Derecho penal en relación con las causas de justificación resulta improcedente¹²³, al pretender englobar ambas en una

¹²² MIR PUIG, S., *Derecho penal*, PG, 10 ed., 2015, pp. 418-419. En sentido parecido, PANTALEÓN PRIETO, F., *Comentarios al artículo 1902 del Código civil*, 1993, p. 1988: “sólo desde el prejuicio dogmático de que la responsabilidad extracontractual exige la antijuridicidad de la conducta del dañante, y de que dicha antijuridicidad consiste en la violación de una norma primaria (el art. 1902 sería una norma secundaria) protectora del interés lesionado, cabría llegar a la conclusión de que, siendo así que sólo los derechos absolutos, no los derechos de crédito, están protegidos *erga omnes* en una norma primaria, el supuesto de hecho del art. 1902 exige la lesión de un derecho subjetivo absoluto del dañado.”

¹²³ Se

ñala certeramente a este respecto RODRÍGUEZ RAMOS, L., *Compendio de Derecho Penal*, PG, 2ª ed., 2010, p. 187, en relación con los autores que han considerado que el estado de necesidad no debería ser considerado causa de justificación dada la subsistencia de responsabilidad civil (y por tanto apreciando una vinculación estricta entre ambos conceptos) que tal argumentación carece de interés, ya que resulta discutible que “sólo las causas de justificación y en todo caso eximan tanto de la responsabilidad penal

categoría general y unitaria de antijuridicidad, dada la diferencia de fundamentación en la elaboración dogmática de ambas categorías y especialmente en la diversidad de consecuencias jurídicas a que pueden abocar.

Un argumento que denota dicha falta de vinculación viene dado en nuestro derecho positivo, además, por el carácter dispositivo con que se dota a la responsabilidad civil derivada del delito en las leyes procesales.

Así, el artículo 111 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal preceptúa que “las acciones que nacen de un delito o falta podrán ejercitarse junta o separadamente...”, añadiendo el párrafo 1º del artículo 112 que “ejercitada sólo la acción penal, se entenderá utilizada también la civil, a no ser que el dañado o perjudicado la renunciase o la reservase expresamente para ejercitarla después de terminado el juicio criminal, si a ello hubiere lugar”.

Al mismo tiempo, la diversidad con que se manejan los conceptos de antijuridicidad en Derecho penal y Derecho privado se pone de manifiesto si nos atenemos a la distinta eficacia preventiva que ostentan las normas penales, en cuanto contienen la prohibición bajo amenaza de pena de los comportamientos desvalorados, frente a la norma civil primaria que protege el derecho subjetivo o interés legítimo lesionado.

como de la civil y, sobre todo y en segundo lugar, porque esta concreta previsión legal lo único que dispone es que el beneficiado y en proporción a su beneficio deberá responder civilmente, pero en primer lugar el beneficiado puede coincidir o no con la persona del sujeto activo y, sobre todo, que no se trata de una responsabilidad civil derivada de un delito sino de un cobro de lo indebido, pues se es responsable no en función de la cuantía del perjuicio causado sino del beneficio reportado, se sea o no autor de la acción realizada en situación de necesidad”.

Lo anterior no obsta, por otra parte, a que la conducta realizada en estado de necesidad pueda dar lugar a la exención de toda consecuencia jurídica, en los supuestos en que los efectos perjudiciales del evento dañoso deban recaer en la víctima de la intervención, en cuanto la misma originó la situación de peligro creada¹²⁴.

En esta línea, resulta esclarecedora la regulación alemana del estado de necesidad en Derecho civil, donde la distinción básica¹²⁵ se realiza entre el estado de necesidad defensivo (parágrafo 228 del BGB) en el que la defensa se dirige contra la cosa que origina el peligro, recayendo en el agente un deber de indemnización solamente en el caso de que a él mismo se le deba imputar el peligro (parágrafo 228, 2ª parte), y el estado de necesidad agresivo (parágrafo 904 del BGB), regulador de la actuación sobre cosas que no se relacionan con la causa del peligro y en el que se exige al propietario que sacrifique su cosa

¹²⁴ Restaría por responder a la cuestión de, si en los casos del artículo 118.1.3ª, el surgimiento de un deber de indemnización no fundamentado en una antijuridicidad civil del daño implicaría que ésta, al igual que la antijuridicidad penal de la conducta, resultarían excluidas por el estado de necesidad. Sin embargo, este planteamiento incurre a mi juicio en un error, ya que en todo el procedimiento descrito en ningún momento se ha planteado la antijuridicidad civil o general de la conducta (lo cual debería resultar obvio para aquellos que fundamentan la responsabilidad civil en este caso en el enriquecimiento injusto o la gestión de negocios ajenos), sino que la única ilicitud específica previamente afirmada ha sido la penal, excluida por la causa de justificación, mientras que el deber de indemnización contenido en la Ley surge en dichos supuestos como compensación necesaria en orden a reestablecer el equilibrio patrimonial cuestionado.

¹²⁵ Se aparta por consiguiente el Derecho civil de la teoría de la diferenciación consagrada en el ámbito penal en virtud de la cual la delimitación fundamental se produce, como es sabido, entre estado de necesidad justificante (colisión de bienes o intereses de desigual valor a resolver conforme al principio del interés preponderante) y estado de necesidad exculpante (colisión de bienes iguales resueltos mayoritariamente en aplicación del principio de inexigibilidad). Ello es debido a que tanto el estado de necesidad defensivo como agresivo se considerarán, en todo caso, como supuestos de estado de necesidad justificante con recepción expresa en Derecho civil.

en interés de otro únicamente si se le concede una pretensión de indemnización (parágrafo 904, I, 2ª parte)¹²⁶.

A la aplicación de dicha distinción en nuestro Derecho, en concreto a la exégesis del artículo 118 del Código penal, se ha referido BACIGALUPO¹²⁷, indicando que dicho artículo no será aplicable en los casos de estado de necesidad defensivo (cuando la necesidad provenga del peligro que generan bienes ajenos sobre los defendidos), debiendo extenderse la justificación a todo el Ordenamiento y en particular al derecho civil, al no estar nadie obligado en dichas situaciones por un especial deber a soportar los daños procedentes de una organización defectuosa ajena.

Por el contrario, en los casos de estado de necesidad agresivo (en los que el autor comprende aquellos en los que se salva un bien jurídico esencialmente superior a costa de bienes que no dieron lugar al peligro de daño) sólo quedará excluida la responsabilidad penal, denegándose el efecto justificante en el ámbito del Derecho civil¹²⁸.

La negación de dicha identidad de antijuridicidades puede apreciarse asimismo en la regulación contenida en otros ordenamientos.

¹²⁶ El concepto fundamental en que se apoya la reglamentación del estado de necesidad agresivo se apoya en la solidaridad de la comunidad jurídica que exige del individuo un cierto grado de solidaridad en determinados supuestos de necesidad, como ponen de manifiesto, por ejemplo, HRUSCHKA, J., *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, 1988, 2ª ed., pp. 68 y ss. o WESSELS, J. AT, 27 ed., 1997, 8/295.

¹²⁷ BACIGALUPO, E., *Principios de Derecho penal*, PG, 5ª ed., 1998, p. 256.

¹²⁸ Por consiguiente, el autor terminará afirmando: “Dicho en otras palabras: el art. 118 CP. sólo se refiere al estado de necesidad agresivo y al que excluye la responsabilidad por atenuación de la ilicitud (exclusión de la responsabilidad por el hecho o de la exigibilidad)”, *ob. cit.*, p. 256.

En este sentido, el Código civil italiano establece en su artículo 2045 una regla particular para los supuestos de estado de necesidad, que difiere de la prevista en la regulación penal.

Así, en este último ámbito la eximente excluye cualquier clase de punibilidad del agente, mientras que en el Código civil únicamente se prevé una atenuación de la responsabilidad, correspondiéndole al perjudicado una indemnización cuyo quantum es determinable por el Juez conforme a criterios de equidad¹²⁹.

A este respecto, MANTOVANI, a pesar de considerar el hecho justificado lícito tanto desde el punto de vista penal como extrapenal y en consecuencia para todo el ordenamiento jurídico, indica no obstante, no sin cierta contradicción, que las razones de dicha licitud son diferentes en cada causa de justificación.

Así, en el estado de necesidad la razón consistirá en que el mismo es tolerado dada la inevitable perturbación de al menos uno de los dos bienes jurídicos y la objetiva inexigibilidad humana de un comportamiento distinto, tanto que el agente debe someterse a la carga de satisfacer una indemnización equitativa al ofendido

¹²⁹ Artículo 2045: “Stato di necessita.- Quando chi ha ompiuto il fatto dannoso vi è statu costringito dalla necessita di salvare a altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona, e il pericolo non è statu da lui volontariamente causado né era altrimenti evitabile, al danneggiato è dovuta un índennità, la cui misura è rimessa all’equo apprezzamento del giudice”. Sin embargo, ello no impide la aceptación general del concepto unitario de antijuridicidad, también en lo referente a la exclusión de consecuencias jurídicas. Así, MARINUCCI/DOLCINI, *Corso di Diritto Penale*, 1995, p. 283: “La unidad del ordenamiento jurídico, que está en la base de la institución de las causas de justificación, comporta no sólo que las causas de justificación pueden estar previstas en cualquier lugar del ordenamiento, sino también que su eficacia sea universal: el hecho será lícito en cualquier sector del ordenamiento, y por lo tanto no podrá ser sometido a ningún tipo de sanción (penal, civil, administrativa). En el mismo sentido, ROMANO, M., *Commentario Sistematico del Codice Penale*, vol. I, previo al artículo 50, p. 443.

según la apreciación del Juez, en virtud del meritado artículo 2045 del CC¹³⁰.

Al mismo tiempo, en el seno de la doctrina se ha llegado incluso a establecer una clasificación de las causas de justificación en virtud de su eficacia respecto de la responsabilidad civil. En esta línea, CARACCIOLI¹³¹ procede a distinguir entre causas de exclusión de la antijuridicidad subjetivas y objetivas.

Las primeras serían aquellas que, excluyendo la responsabilidad penal, dejan subsistente un ilícito extrapenal, entre las que se encuentra el estado de necesidad. Por el contrario, las causas de exclusión de la antijuridicidad objetivas excluirían la antijuridicidad total y, por consiguiente, tanto la determinante de la responsabilidad penal, como la que opera en el campo de la responsabilidad civil, constituyendo su ejemplo paradigmático la eximente de legítima defensa.

B) Otros supuestos problemáticos

Frente a dicha delimitación cabe preguntarse si la eventual producción de consecuencias jurídicas en conductas justificadas debe limitarse al estado de necesidad o, por el contrario, se

¹³⁰ MANTOVANI, F., *Diritto Penale*, PG, 8ª ed., 2013, p. 242, el cual utiliza el término “tolerado” en el estado de necesidad frente al carácter necesario del cumplimiento del deber en cuanto el hecho lesivo es impuesto por el ordenamiento. Igualmente, en el ejercicio del derecho se trataría de que el mismo es positivamente “autorizado” por su utilidad y en la legítima defensa será jurídicamente “aceptado” como autotutela privada por la impotencia del Estado para prevenir o detener la agresión ilegítima. No obstante, el autor incurre asimismo en contradicción en la caracterización del contenido de la antijuridicidad, al referirse cuando alude al aspecto valorativo de la antijuridicidad tanto a la relación de contradicción del hecho con la norma penal como al contraste del hecho con el ordenamiento jurídico en su unidad de fuentes formales y sustanciales, sin diferenciar claramente ambos aspectos. Así, *Diritto Penale*, PG, 1988, pp. 137-140.

¹³¹ CARACCIOLI, I., *L'esercizio del diritto*, 1965, pp. 156 y ss.

extiende igualmente al resto de las eximentes justificantes, lo cual negaría virtualidad a clasificaciones sistemáticas como la expuesta.

En este sentido, LARRAURI PIJOÁN¹³² ha puesto de manifiesto que dicha exclusión de consecuencias jurídicas por parte de las causas de justificación resulta cuestionable, no sólo en el estado de necesidad analizado al amparo del artículo 118.1.3^a¹³³, sino asimismo en el conjunto de las causas de justificación.

Así, en los supuestos de cumplimiento de un deber son imaginables casos en los que el tercero perjudicado por el ejercicio del mismo recurra a la Administración Pública, que responde del funcionamiento normal y anormal de los servicios públicos, en orden a obtener una indemnización, fundamentándose dicha responsabilidad en el principio de responsabilidad objetiva consagrado en el artículo 139 de la Ley 30/92, de 26 de

¹³² LARRAURI PIJOÁN, E., *Función unitaria y función teleológica de la antijuridicidad*, ADPCP, 1995, tomo XLVIII, fascículo III, pp. 869-871; 878-884; la misma, en *Causas de justificación: criterios de identificación*, en Justificación material y procedimental en el derecho penal, 1997, pp. 60-74; 117.

¹³³ Así, afirma en relación con el estado de necesidad: “Entiendo, en consecuencia, que la persistencia de una responsabilidad civil no es un argumento para negar la existencia de una causa de justificación. No se trata de afirmar que el estado de necesidad es una causa de justificación (y no una excusa) “a pesar” de que subsiste la responsabilidad civil, sino precisamente de cuestionar la premisa mayor, esto es, que una causa de justificación produce el efecto de eliminar toda consecuencia jurídica”, *Causas de justificación: criterios de identificación*, p. 65. Sin embargo, la autora parece conferir autonomía procesal a la responsabilidad civil derivada del delito (lo cual a mi juicio resulta erróneo, dado que la misma en todo caso es siempre responsabilidad civil), cuando señala: “el juez penal se limita a afirmar que no procede una responsabilidad civil derivada de delito. Pero desde luego no niega que ésta pueda surgir si se cumplen otros presupuestos- responsabilidad extracontratual (art. 1902 Código Civil), responsabilidad objetiva de la Administración (art. 139 LRJAPAC)- que no han sido examinados por el juez penal.”, *Función unitaria y función teleológica de la antijuridicidad*, p. 878 (subrayado añadido).

noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común¹³⁴.

La misma consideración efectúa LARRAURI en relación con el ejercicio de un derecho, citando a PANTALEÓN¹³⁵, al indicar que no es descartable que del ejercicio de un derecho pueda derivarse responsabilidad civil, dado que de un acto lícito puede surgir la obligación de indemnizar si una norma expresamente lo impone.

Finalmente, la autora admite la posibilidad técnica de que subsista responsabilidad civil extracontractual de un comportamiento justificado en legítima defensa, exponiendo a este respecto el ejemplo de la provocación que no sea suficiente para negar la legítima defensa pero que podría ser considerada un daño susceptible de ser indemnizado por vía civil, en el que el juez civil procedería a examinar no la concurrencia de un delito (negado por la legítima defensa), sino de los presupuestos del artículo 1902 del Código civil, en cuanto daño atribuible a culpa o negligencia¹³⁶.

A la vista de los anteriores ejemplos, se termina por negar que las causas de justificación eliminan toda consecuencia jurídica, señalándose que “La razón de ello obedece a que, aun cuando el objeto de valoración y la pretensión sean idénticos, el fundamento

¹³⁴ La autora alude igualmente al supuesto, citado por MÚÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, del policía que dispara contra un ladrón con un arma no reglamentaria, *Función unitaria y función teleológica de la antijuridicidad*, p. 870; *Causas de justificación: criterios de identificación*, p. 67.

¹³⁵ LARRAURI PIJOÁN, E., *Causas de justificación: criterios de identificación*, p. 66 nota 19, refiriéndose a las manifestaciones de PANTALEÓN PRIETO, F., *Comentario del Código Civil*, 1991, Ministerio de Justicia, p. 1995.

¹³⁶ Por lo que la persistencia de responsabilidad civil o administrativa no constituirá un criterio válido para identificar una causa de justificación, LARRAURI PIJOÁN, E., *Función unitaria y función teleológica de la antijuridicidad*, p. 878, nota 21; *Causas de justificación: criterios de identificación*, p. 68.

de la pena, sanción y responsabilidad civil no (necesariamente) lo son.”¹³⁷

De lo anteriormente reseñado se desprende, como expone brillantemente LARRAURI, un principio que resulta obviado con frecuencia por los partidarios de la concepción unitaria, cual es la necesidad de tomar en consideración el distinto fundamento que subyace a las consecuencias jurídicas pena, responsabilidad civil y sanción administrativa.

No obstante, en mi opinión dicha tesis no es llevada a sus últimas consecuencias, ya que, aun negando que las causas de justificación eliminan toda consecuencia jurídica o tengan un paralelo derecho o deber en otros sectores del ordenamiento jurídico, termina afirmando en relación con esta discrepancia de efectos que “En síntesis, en mi opinión es correcto afirmar que las causas de justificación marcan el ámbito de los comportamientos autorizados, que éstas tienen como función delimitar “lo justo de lo injusto” (...), que representan el “deber ser” (sollen) frente al “poder” (können) propio de la culpabilidad...”¹³⁸.

Por consiguiente, aunque se parte del reconocimiento de que las causas de justificación no sólo proceden del Derecho penal, sino que son creadas por el mismo, se continúa situando la función de dicha categoría conceptual en la delimitación de lo justo frente a

¹³⁷ LARRAURI PIJOÁN, E., *Causas de justificación: criterios de identificación*, p. 116; en el mismo sentido, en *Función unitaria y función teleológica de la antijuridicidad*, p. 878.

¹³⁸ Criterio que distinguiría en consecuencia a las causas de justificación de las excusas o causas de exculpación, así, LARRAURI PIJOÁN, E., *Causas de justificación: criterios de identificación*, pp. 73-74; en el mismo sentido, p. 117: “Ello no desvirtúa su carácter de causas de justificación generales- ni las convierte en causas específicas de exclusión del injusto penal- ya que esta falta de efectos generales se produce en todas las eximentes tratadas por la doctrina como causas de justificación”.

lo injusto y, en definitiva, en la necesidad de salvaguardar una función preventiva de la antijuridicidad consistente en transmitir el mensaje inequívoco de que nos hallamos ante un comportamiento prohibido o permitido desde una perspectiva general. Sin embargo, lo anteriormente señalado se contradice con la previa caracterización específicamente penal de las eximentes justificantes afirmada por la autora¹³⁹.

Frente a ello cabe plantearse no obstante si la verdadera función preventiva de la antijuridicidad penal debe tener un marco tan amplio de aplicación o si, al contrario, la misma está determinada por la referencia a la pena como elemento diferenciador frente al resto de los sectores jurídicos.

Es decir, la apreciación de la diversa fundamentación y consecuencias de la antijuridicidad penal nos lleva al replanteamiento de si en ésta debe recaer realmente una función tan vasta como la de distinguir lo justo de lo injusto en el seno del ordenamiento.

C) Valoración y consecuencia: Necesidad de una diferenciación

El mantenimiento por parte de la concepción unitaria de la exclusión de toda consecuencia jurídica en las causas de justificación resulta desvirtuado por la función específica de cada rama del Derecho en el conjunto del ordenamiento jurídico.

¹³⁹ Dicha dualidad se observa nitidamente cuando indica: “En mi opinión ello permitirá afirmar que la categoría de la antijuridicidad cumple una función sistemática- juicio normativo de adecuación de la conducta con el derecho- y una función teleológica- declarar la existencia de un injusto presupuesto de sanción penal”, *Función unitaria y función teleológica de la antijuridicidad*, p. 884.

Ello no supone, como ha sido subrayado, una vulneración del principio de unidad del ordenamiento jurídico, sino que, más bien al contrario, dicho principio exige una tarea de diferenciación entre las tareas correspondientes a cada sector en orden al desarrollo del mismo, de modo que no devenga en un mero postulado vacío de contenido¹⁴⁰.

El ámbito de lo prohibido es concretamente delimitado en cada sector del Derecho desde puntos de vista diferentes, en los que adquiere notoria relevancia la remisión a las consecuencias jurídicas.

La negación de diferentes efectos en cada ámbito del Derecho parte de un concepto general de antijuridicidad que, sin embargo, una vez verificada la previa tipicidad de la conducta, su mantenimiento concuerda poco con el hecho de que la justificación en el caso concreto requiera la ponderación de criterios vinculados a los fines de cada sector.

Se trata en definitiva de un procedimiento semejante a aquel que acaece respecto a la justificación relativa a determinados tipos penales, en el que se admite la divisibilidad de juicio de antijuridicidad sobre un comportamiento que conlleve el peligro de lesión de varios bienes jurídicos, al recaer la valoración sobre objetos claramente diferenciables¹⁴¹.

¹⁴⁰ En este sentido, HASSEMER subraya que los esfuerzos de diferenciación efectuados por GÜNTHER responden a una exigencia de dicho principio, HASSEMER, W., *Besprechung von Hans-Ludwig Günther, Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss*, NJW, 1984, p. 352. En la misma línea DEUTSCH, E., *Haftungsrecht und Strafrecht, en Rechtswissenschaft und Gesetzgebung*, FS für Eduard Wahl, 1973, p. 346; SEEBODE, M., *Polizeiliche Notwehr und Einheit der Rechtsordnung*, FS für Klug, B II, 1983, p. 368; ZIELINSKI, D., *Handlungs- und Erfolgsunwert*, p. 296 y ss.

¹⁴¹ BAUMANN/WEBER/MITSCH, AT, 11ª ed., 2003, 16/19: “La antijuridicidad es “referida al tipo” y divisible”; GÜNTHER, H.L., *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss*, p. 104; el mismo, en SK-GÜNTHER, ante parágrafo

De este modo, como puede comprobarse en los supuestos de cumplimiento de un deber que originan responsabilidad administrativa, ello se debe a que el juicio de antijuridicidad penal no toma como referencia el mismo objeto y criterio normativo, sino que éste es formulado en atención a presupuestos de valoración autónomos, por lo que, retomando el ejemplo del policía que dispara a un ladrón con un arma no reglamentaria, una vez justificada la conducta desde el punto de vista penal, nada obsta a la imposición de la correspondiente sanción administrativa por el Reglamento de Armas o la normativa autonómica que resulte aplicable.

La no exclusión por la eximente de dicha sanción administrativa tiene como presupuesto que la inobservancia por parte del funcionario de las normas reglamentarias no constituya un objeto propio de la norma primaria penal, ni se corresponda con las finalidades propias del Derecho penal a las que ésta se conecta como instrumento de realización de las mismas.

En este sentido, el establecimiento de una justificación penal y no administrativa se corresponde con la necesidad de diferenciar los fundamentos diversos de ambos tipos de responsabilidad,

32 nm. 37; WIDMAIER, G., *Die Teilbarkeit der Unrechtsbewertung*, JUS 1970, pp. 611 y ss, el cual, planteando el clásico ejemplo de la legítima defensa de terceros, indica que la misma actúa siempre dentro de la relación de defensa necesaria entre defensor y agresor, “Las consecuencias adyacentes de la acción de defensa para bienes jurídicos de terceros de cualquier clase deben ser sometidos a una valoración autónoma”. En el mismo sentido, JESCHECK, ferviente defensor de la concepción unitaria, reconoce que en los supuestos de normas permisivas vinculadas a determinados tipos penales, su traslado a otros tipos no está permitido sin más, JESCHECK/WEIGEND, *AT*, 5ª ed., 1996, p. 327.

determinados decisivamente por las consecuencias jurídicas que resultan de una y otra¹⁴².

Dichas referencias valorativas son obviadas por los defensores del tradicional concepto unitario de antijuridicidad que, en orden a justificar su toma de postura, parten de afirmar en tales casos que la conducta en general no es antijurídica o que nos hallamos en todo caso ante bienes jurídicos diversos¹⁴³.

Ahora bien, precisamente porque los objetos, criterios normativos y fines de las distintas ramas jurídicas son divergentes, la antijuridicidad que resulta excluida en tales casos de cumplimiento de un deber no puede ser una general y unitaria, configurada desde todos los puntos de vista a tener en cuenta por el ordenamiento, sino que, al margen de que otras consecuencias eventualmente concurrentes en el supuesto concreto requieran o no el presupuesto de antijuridicidad, la antijuridicidad que excluye la causa de justificación prevista en el artículo 20.7 del Código Penal es, y debe ser, exclusivamente penal.

En esta línea, KIRCHHOF se ha referido al hecho de que los conflictos de antijuridicidad muestran la particularidad de que los mismos denotan colisiones y concurrencia de valoraciones en el ámbito interno del derecho positivo, al tiempo que contienen

¹⁴² Aluden especialmente a la conexión de las consecuencias jurídicas pretendidas en el contexto objeto de regulación en relación con la necesidad de diferenciar juicios de antijuridicidad, JAKOBS, AT, 2ª ed., 1991, 11/5, KIRCHHOF, P., *Unterschiedliche Rechtswidrigkeiten in einer einheitlichen Rechtsordnung*, 1978, p. 7: “La definición de la antijuridicidad como contradicción a las normas expresa exclusivamente la declaración de antijuridicidad de las consecuencias jurídicas que de la misma deban deducirse e impide por lo tanto una declaración unitaria sobre el significado y eficacia de un juicio de antijuridicidad”; STRATENWERTH, G./KUHLEN, L., AT, 6ª ed., 2011, p. 74.

¹⁴³ Así, JESCHECK/WEIGEND, AT, 5ª ed., 1996, p. 327, que, en relación con los supuestos de subsistencia de injusto disciplinario en actuaciones justificadas penalmente, señalan que “se trata de otro bien jurídico”.

indicaciones sobre la relación entre fuentes de conocimiento jurídico y fuentes de valoración jurídica.

La conclusión que extrae de este planteamiento es la siguiente: el cumplimiento del principio de unidad del ordenamiento requiere la diferenciación en el juicio de antijuridicidad en correspondencia, en todo caso, con las consecuencias jurídicas pretendidas¹⁴⁴.

En los ejemplos citados, podemos comprobar que la divergencia de juicios viene asimismo determinada por el fin de regulación de la norma en el caso concreto, cuya declaración del carácter justificado de la conducta en ningún caso pretende efectuar una valoración exclusiva y global de la antijuridicidad de ésta¹⁴⁵.

**D) Consideraciones críticas acerca de la exclusión de
consecuencias jurídicas en las restantes causas de
justificación**

¹⁴⁴ KIRCHHOF, P., *Unterschiedliche Rechtswidrigkeiten in einer einheitlichen Rechtsordnung*, 1978, pp. 32 y ss., conectando las consecuencias jurídicas con el juicio de antijuridicidad: “El Derecho administrativo disciplinario se pregunta por la peligrosidad de un proceso, el Derecho penal por el merecimiento de pena de un autor, el Derecho contractual sobre el poder de disposición y la capacidad de comprensión, el Derecho de responsabilidad sobre un daño, el Derecho tributario sobre la carga de un proceso económico”, p. 32. En el mismo sentido, SEEBODE, M., *Polizeiliche Notwehr und Einheit der Rechtsordnung*, FS für Klug, B II, 1983, pp. 368-373; STRATENWERTH, G./KUHLEN, L., AT, 6ª ed., 2011, pp. 74-75.

¹⁴⁵ A este respecto, señala FISCHER, T., en *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 62 ed., 2015, ante parágrafo 32, nm. 2, que “una antijuridicidad limitada a un ámbito del Derecho puede desprenderse del fin de regulación y del ámbito de aplicación de una norma”, si bien a continuación reseñan que la libertad del legislador para declarar determinadas acciones como permitidas, no antijurídicas o jurídicas está limitada por principios jurídicos fundamentales de raíz preestatal, de tal manera que las declaraciones de juridicidad deben estar libres de contradicciones en el seno del conjunto del ordenamiento.

La posibilidad de consecuencias jurídicas derivadas del ejercicio de derechos puede concurrir en la práctica, en aquellos supuestos en que exista una norma que expresamente las imponga.

Cierto es que en estos casos, a través de la expresión “legítimo” contenida en la Ley, tiene lugar una previa ponderación de intereses en la que quedan descartados los supuestos de abuso del derecho¹⁴⁶, mas también las actuaciones plenamente conformes a Derecho pueden originar la obligación de indemnizar, sin resultar por ello desvirtuada dicha ponderación, sino precisamente como resultado de esta última¹⁴⁷.

En tales casos suele afirmarse que ni siquiera concurre la antijuridicidad del daño, entendida ésta en su aspecto positivo, como configuradora de la responsabilidad, si bien la diversidad de consecuencias jurídicas denota la diferenciación de presupuestos de la misma en los ámbitos penal y civil, al tratarse de ejercicios de derechos que originan obligación de indemnizar.

Ello es así porque no se estima justo que el sacrificio recaiga en tales casos exclusivamente sobre la esfera patrimonial del titular del interés sacrificado.

Piénsese a este respecto en los supuestos de servidumbres legales, como el contenido en el artículo 569 del Código civil, en el que se establece la obligación del propietario de un predio de

¹⁴⁶ Sobre la relación entre el principio de ponderación de intereses y los límites en el ejercicio de un derecho, *vid.*, por todos, CARBONELL MATEU, J.C., *La justificación penal*, 1982, pp. 144-153, “Podemos, en conclusión, afirmar que para que la causa de justificación se dé, es necesario que exista el derecho subjetivo- o interés legal-, no importa el rango con que esté reconocido, y que su ejercicio no quiebre un interés mayor que el que proporciona”, pp. 149-150.

¹⁴⁷ En este sentido, COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho penal*, PG, 5^a ed., 1999, pp. 471 y ss., refiriéndose en concreto al ejemplo de la expropiación forzosa.

consentir la entrada en el mismo para construir o reparar algún edificio, pasar materiales o colocar en él andamios u otros objetos para la obra, indicándose que dicho propietario será compensado con una indemnización equivalente al perjuicio que se le irroque, o en los supuestos semejantes contenidos en los artículos 564 (servidumbre de paso) o 577 (indemnización de perjuicios que se deriven de alzamiento de pared medianera), así como en los derechos ejercitados en virtud del artículo 612 del CC¹⁴⁸.

La negación en tales casos de una antijuridicidad entendida en sentido unitario no impide la producción de consecuencias jurídicas, lo cual pone de manifiesto, una vez más, la necesidad de diferenciar objetos, criterios normativos y fines de regulación de los distintos sectores en orden a la valoración de la conducta.

Por lo que concierne a la producción de consecuencias jurídicas no penales en comportamientos autorizados en virtud de legítima defensa, estimo no obstante que la respuesta debe ser negativa en los supuestos de concurrencia de esta causa de justificación, dada la particular naturaleza de la eximente y, en concreto, por las especiales características que concurren en la fundamentación de la misma.

Así, el componente supraindividual implícito en la protección del orden jurídico que la misma conlleva¹⁴⁹, entendido éste en sede de

¹⁴⁸ En cuanto establece que el propietario de un enjambre de abejas tendrá derecho a perseguirlo en el fundo ajeno, pero en tal caso debe indemnizar al poseedor de tal fundo de los daños ocasionados al mismo, así como el párrafo 3° del mismo artículo, que reconoce la posibilidad del propietario de animales amansados de reclamarlos dentro del término de 20 días a contar desde su ocupación por otro, procediendo la correspondiente indemnización.

¹⁴⁹ Elemento reconocido actualmente por la inmensa mayoría de la doctrina, pudiendo citarse como excepción a FRISTER, H., *Die Notwehr im System der Notrechte*, GA, 1988, pp. 291-316; o RUNTE, *Die Veränderung von Rechtfertigungsgründen durch Rechtsprechung und Lehre*, 1991, pp. 143-174, que la conciben de manera puramente individual.

legítima defensa en su sentido global y unitario¹⁵⁰, debe determinar la ausencia de toda consecuencia jurídica en la actuación del agredido con respecto a la previa agresión antijurídica llevada a cabo por el agresor.

Si, retomando la clásica formulación de BERNER, el Derecho no debe ceder ante lo injusto, y, en consecuencia, dicha eximente, junto al elemento individual de protección del bien jurídico, adquiere su peculiaridad en la necesidad de protección del ordenamiento, el surgimiento en la conducta del agredido de eventuales responsabilidades civiles o administrativas desvirtuaría la esencia de dicho principio.

Igualmente, desde la perspectiva del principio de responsabilidad¹⁵¹, en la medida en que el agresor ha creado con su actuación la situación de conflicto, ocasionando la lesión del interés jurídicamente protegido, la imposición al agredido de cualquier tipo de responsabilidad civil, siempre que éste se haya movido dentro de los parámetros de la eximente completa, resulta a mi juicio rechazable¹⁵².

¹⁵⁰ Así, cuando los autores se refieren en este ámbito a la protección del ordenamiento no se refieren al orden específicamente penal en cuanto protector de los bienes jurídicos agredidos, aspecto ya cubierto por el fundamento individual de la eximente, sino a la protección de Derecho en su conjunto, lo cual se manifiesta en la formulación de dicho fundamento supraindividual a partir de la expresión de que el Derecho, en estos casos, no debe ceder ante lo injusto.

¹⁵¹ Sobre la formulación de dicho principio y su aplicación a la legítima defensa, vid., JAKOBS, G., *AT*, 2ª ed., 1991, 11/3; S/S-LENCKNER, T./STERNBERG-LIEBEN, D., 29ª ed., 2014, parágrafo 32 nm. 1; BALDÓ LAVILLA, F., *Estado de necesidad y legítima defensa*, 1994, p. 43 y ss; KINDHÄUSER, U., *Acerca de la génesis de la fórmula “El Derecho no necesita ceder ante el injusto”*, en *La antijuridicidad en Derecho Penal, Estudio sobre las normas permisivas y la legítima defensa*, editorial B de f, 2013, pp. 65-98; KÜHL, K., *Notwehr und Nothilfe*, JUS 1993, p. 183.

¹⁵² Admitiendo sin embargo con carácter general la responsabilidad civil en la legítima defensa, BUSTOS RAMÍREZ, J.J. y HORMAZÁBAL MALARÉE, H., *La Teoría de las normas*, en *Nuevo Sistema de Derecho Penal*, ed. Trotta, 2004, p. 48. Los autores fundamentan dicha responsabilidad en el principio del enriquecimiento sin causa y citan a este respecto el ejemplo del que usa un

Por lo que respecta al ejemplo planteado por LARRAURI, en el que se refiere a la provocación que no fuera suficiente para negar la legítima defensa pero que fuese considerada una acción negligente que origine un daño susceptible de indemnización, ante lo cual señala que “En este supuesto nos encontraríamos de nuevo con que el juez civil debería comprobar la inexistencia no de un delito, sino de los presupuestos que requiere la responsabilidad extracontractual (un daño atribuible a culpa o negligencia)”¹⁵³, debe subrayarse que aquí nos hallamos ante dos conductas claramente diferenciables, susceptibles de valoración autónoma, cuales son el previo comportamiento provocador del posteriormente agredido y la propia conducta defensiva del autor frente a la agresión acaecida.

Se trata por consiguiente de dos conductas separadas en el tiempo y sobre las que efectivamente podrían recaer consecuencias jurídicas diversas, pero debe hacerse constar que en todo caso la afirmación de responsabilidad civil no se halla conectada a la actuación en legítima defensa y por tanto no desvirtúa la afirmación de que la misma debe excluir en todo caso la producción de ulteriores consecuencias jurídicas.

Dada la amplitud del concepto de provocación suficiente, la misma es susceptible de originar daños antijurídicos desde una perspectiva civil, ahora bien, la justificación penal recae

valioso jarrón de porcelana de un coleccionista para defender su vida o integridad física, todo ello en el marco de su sugerente propuesta de concebir las causas de justificación como normas de reconocimiento y merecimiento frente a su tradicional encaje como normas permisivas. Sobre tal construcción, *vid. infra*, cap. IV.

¹⁵³ LARRAURI PIJOÁN, E., *Causas de justificación: criterios de identificación*, p. 68; la misma, en *Función unitaria y función teleológica de la antijuridicidad*, p. 878, nota 21.

exclusivamente sobre la actuación defensiva y no sobre tal conducta provocadora.

Por otra parte, las posibilidades de responsabilidad civil vendrían conectadas a la necesidad racional del medio empleado. Sin embargo, supondría una contradicción axiológica que, una vez denegado el exceso intensivo en la defensa del agredido que no ha creado la situación de conflicto y cuya actuación tiende a la protección del ordenamiento jurídico, admitir la imposición de responsabilidad civil.

Ello no implica la atribución a la legítima defensa de una naturaleza unitaria, frente al carácter específicamente penal de las demás causas de justificación, sino que son precisamente las referencias teleológicas propias de esta eximente las que determinarán, en su caso, la inexistencia de efectos ulteriores.

3. CONSECUENCIAS PROCESALES DE LA CONCEPCIÓN UNITARIA

A) Terminación anticipada del proceso y exclusión de toda consecuencia jurídica

La adopción de una concepción unitaria de la antijuridicidad, y la estrecha vinculación que ésta efectúa entre juicio de licitud y ausencia de toda responsabilidad jurídica (en especial, ausencia de responsabilidad civil) conlleva igualmente repercusiones de índole procesal, relativas a los casos de terminación anticipada

del proceso en los que el Juez Instructor aprecie que “el hecho no sea constitutivo de delito”¹⁵⁴.

Así, el artículo 637.2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal preceptúa que procederá el sobreseimiento libre cuando el hecho no sea constitutivo de delito, como supuesto distinto al recogido en el número 3º de dicho artículo, alusivo a los casos en que aparezcan exentos de responsabilidad criminal los procesados como autores, cómplices o encubridores.

De una interpretación literal y sistemática de la norma podría desprenderse que las causas de justificación deben ser incardinadas en el supuesto del número 3º, al utilizar expresamente el artículo 20 del Código penal¹⁵⁵ el término “están exentos de responsabilidad criminal”, el cual a su vez se incluye dentro del capítulo II del Libro I del Código bajo el epígrafe “De las causas que eximen de responsabilidad criminal”.

No ha sido ésta, sin embargo, la posición adoptada por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, habiendo manifestado, en

¹⁵⁴ Procedo a analizar, por tanto, los efectos que se derivan de la vinculación antijuridicidad/responsabilidad jurídica y su relación en las distintas fases del proceso. Cuestión distinta, por el contrario, son las diferentes consecuencias materiales que se desprenden tanto de la distinción entre justificación y exculpación como de la introducción de categorías intermedias (en materia de error, participación, legítima defensa, medidas de seguridad) y que es apreciada por la doctrina anglosajona como cuestión menor precisamente ante la identidad del efecto procesal producido: la absolución del acusado. No obstante, como ha señalado HASSEMER, tal razonamiento sólo cobra fuerza cuando se centra el punto de vista en la decisión del Jurado y el posible resultado de un procedimiento en un esquema bipolar de absolución o condena, sin considerar, no obstante, las relevantes consecuencias prácticas que se desprenden de las diferenciaciones entre las diversas eximentes de responsabilidad criminal. Cfr., sobre ello, HASSEMER, W., *Rechtfertigung und Entschuldigung im Strafrecht. Thesen und Kommentare*, 1987, pp. 178-179 y ROXIN, C., *Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe in Abgrenzung von sonstigen Strafausschliessungsgründen*, 1987, pp. 230-233; 238-243.

¹⁵⁵ Donde se incardinan las causas de justificación de legítima defensa (número 4º), estado de necesidad (número 5º) y cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo (número 7º).

relación con la expresión de la norma procesal comentada “cuando el hecho no sea constitutivo de delito”, que la misma “es equivalente no sólo a que el mismo sea atípico, sino también a que el mismo, aun siendo subsumible en la descripción típica, no sea antijurídico por estimación de una causa de justificación, por lo que en ambos supuestos la norma aplicable ha de ser la del número 2º del artículo 637 de la LECrim., y no la del número 3º, reservada a los supuestos de inimputabilidad o inculpabilidad”¹⁵⁶.

A pesar de que dicha línea jurisprudencial ha sido en alguna ocasión contradicha, como sucedió en la STS de 20 de enero de 1992 (ED 1992/369), estimándose que en la expresión “el hecho no sea constitutivo de delito” se debe entender asimilado delito a tipicidad, lo cierto es que el Tribunal Supremo, adoptando en esta sede una postura favorable a la teoría de los elementos negativos del tipo¹⁵⁷, estima que puede decretarse el sobreseimiento libre

¹⁵⁶ STS de 7 de junio de 1988 (ED 1988/4882). En el mismo sentido se pronuncian las SSTs de 11 marzo de 1989 (ED 1989/2764), 4 de diciembre de 1991 (ED 1991/11515): “solución lógica pues en tales casos tampoco hay antijuridicidad de la acción con lo que se asimilan a los del número 2”, 16 de diciembre de 1991 (ED 1991/11884): “ello explica la relativa imprecisión existente, desde el punto de vista de sus fronteras, entre el núm. 2 y el núm. 3 del artículo 637 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pudiendo incluirse en el 2º los supuestos de carencia de tipicidad y de ausencia de antijuridicidad como consecuencia de existir una causa de justificación: la legítima defensa, ya citada, o el estado de necesidad justificante.”, 14 de febrero de 1995 (ED 1995/957) (voto particular formulado por Sr. Carrero Ramos) : “al haber causa de justificación falta para que el hecho sea constitutivo de delito un requisito esencial, la antijuridicidad. No hay defecto formal, pues el caso encaja como señaló el Mº Fiscal y admitió la Audiencia, no sólo en el núm. 3, sino también en el 2 del artículo 637 y con ello en el art. 645 pfo. 1º”. Por lo que se refiere a esta última sentencia citada, aunque la misma dio lugar al recurso de casación interpuesto frente al auto de sobreseimiento libre dictado en caso de homicidio, debe subrayarse sin embargo que el fallo se fundamentó en considerar que el auto de sobreseimiento se basó en el número 3 del artículo 637 (no lo mencionaba expresamente), cuando sin embargo la acusación particular había interesado la continuación del procedimiento, por lo que, en aplicación del artículo 645, debía haberse procedido a la apertura del juicio oral, habiéndose vulnerado de este modo el derecho a la tutela judicial efectiva.

¹⁵⁷ Resolviendo por consiguiente a favor de esta teoría el dilema planteado por la doctrina procesalista, subrayando la íntima relación existente en esta materia entre el Derecho Procesal y la concepción dogmática que se sostenga frente a la relación entre el tipo penal y la antijuridicidad. Así, SIGÜENZA

por la apreciación en fase instructora de una causa de justificación y que el motivo de sobreseimiento aplicable es el del número 2º (y no el de la exención de responsabilidad del número 3º) del artículo 637 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Dicha decisión conlleva importantes efectos en la práctica, al preceptuarse en los artículos 645 y 783 (en lo referente al procedimiento abreviado) de la mencionada Ley que sólo cuando el hecho no sea constitutivo de delito (o asimismo que no existan indicios racionales de criminalidad contra el acusado en lo relativo al abreviado) podrá el Tribunal o el Juez de Instrucción acordar el sobreseimiento a pesar de la petición de apertura del juicio oral por el Ministerio Fiscal o la acusación particular.

En cambio, cuando los motivos de sobreseimiento son los contenidos en los números 1º y 3º del artículo 637, la vigencia del principio acusatorio determina que deba procederse a la apertura del juicio oral si así fuera solicitado por la acusación.

LÓPEZ, J., *El sobreseimiento libre*, ed. Aranzadi, 2002, pp. 53-54: “parece claro que el problema que se plantea- de evidente repercusión procesal, sobre todo en materia de recursos- pertenece netamente a los estudiosos del Derecho Penal, y consiste en determinar qué ha de entenderse por tipicidad y si es posible deslindar este concepto del de antijuridicidad; es decir, si la tipicidad constituye la “ratio cognoscendi” de la antijuridicidad (con lo que ambas categorías mantendrían su independencia, de suerte que la tipicidad constituiría un indicio de antijuridicidad), su “ratio essendi” (de modo que la tipicidad no tendría entidad propia, sino que constituiría una parte de la antijuridicidad) o, por el contrario, ambos elementos se confunden de tal manera que sólo hay auténtico tipo penal completo cuando no concurren causas de justificación. La respuesta que se dé determinará el ámbito que haya de reconocerse al motivo de sobreseimiento libre descrito en el artículo 637.2º LECrim”. En el mismo sentido, ROMERO PRADAS, M.I., *El sobreseimiento*, ed. Tirant lo Blanch, 2002, pp.111-112, la cual critica la inclusión por parte del Tribunal Supremo de las causas de justificación en el motivo 2º del artículo 637 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al entender que dicha postura se fundamenta en la adopción por parte del mismo de la teoría de los elementos negativos del tipo, posición minoritaria en nuestra doctrina, y, al mismo tiempo, por considerar que las causas de justificación en la mayoría de los casos no aparecerán en esta fase procesal de modo indudable, como exige el artículo 640 de la meritada Ley.

Por consiguiente, la incardinación de las causas de justificación en el motivo 2º del artículo 637 faculta al Juez para decretar el sobreseimiento a pesar de la petición de apertura del juicio oral.

Por su parte, el artículo 782 impone la continuación del juicio, no obstante la solicitud de sobreseimiento, en los supuestos de los números 1º, 2º, 3º, 5º y 6º del artículo 20 del Código Penal¹⁵⁸, a los efectos de imposición de medidas de seguridad y del enjuiciamiento de la acción civil¹⁵⁹, sin mencionar en consecuencia los casos de legítima defensa y cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, en los que la facultad de sobreseimiento por parte del Juez Instructor resultaría totalmente allanada.

Dichos presupuestos son asumibles desde una concepción unitaria de la antijuridicidad, como la aceptada por el Tribunal Supremo, al vincular la inexistencia de responsabilidad civil con la ausencia de la antijuridicidad de la conducta.¹⁶⁰

Sin embargo, dicha estricta vinculación antijuridicidad/responsabilidad civil debe ser rechazada desde una perspectiva funcionalista como la aquí defendida.

¹⁵⁸ Números que se corresponden con las eximentes en las que el artículo 118 del Código Penal prevé la posible subsistencia de responsabilidad civil a pesar de la exención penal.

¹⁵⁹ Artículo 782.1 Lecrim.: “Si el Ministerio Fiscal y el acusador particular solicitaren el sobreseimiento de la causa por cualquiera de los motivos que prevén los artículos 637 y 641, lo acordará el Juez, excepto en los supuestos de los números 1º, 2º, 3º, 5º y 6º del artículo 20 del Código Penal, en que devolverá las actuaciones a las acusaciones para calificación, continuando el juicio hasta sentencia, a los efectos de la imposición de medidas de seguridad y del enjuiciamiento de la acción civil, en los supuestos previstos en el Código Penal. Al acordar el sobreseimiento, el Juez de Instrucción dejará sin efecto la prisión y demás medidas cautelares acordadas.”

¹⁶⁰ Tal fue el proceder de la STS de 7 de junio de 1988, anteriormente citada, al aludir a la inexistencia de responsabilidad civil *ex delicto* como la prueba de que no concurría la antijuridicidad de la conducta, adoptando por tanto un concepto estrictamente unitario de antijuridicidad global.

No sólo porque los presupuestos de ambos tipos de responsabilidades son divergentes, sino igualmente porque la así llamada responsabilidad civil *ex delicto* no deja de ser responsabilidad puramente civil, cuya producción de consecuencias jurídicas no se vincula a la infracción de la norma penal, sino a la producción de un daño.

La utilización de los argumentos de la concepción unitaria por parte de la Jurisprudencia mayoritaria para justificar la aplicación del privilegio del artículo 637.2 a las causas de justificación no resulta adecuada, dado que las diversas consecuencias jurídicas que puedan producirse no se derivan de una antijuridicidad unitariamente considerada, sino que cada una debe conectarse a sus propios presupuestos fundamentadores de responsabilidad.

Por consiguiente, no sólo motivos de interpretación gramatical o sistemática¹⁶¹, así como el derecho fundamental del acusado a una tutela judicial efectiva, determinan la procedencia de apertura del juicio oral en los supuestos de causas de justificación, sino que las mismas razones que determinan la continuación del juicio en los supuestos del artículo 782 (entre los que se incluye, en aparente quiebra de dicha concepción unitaria, el estado de necesidad) pueden alegarse, de *lege ferenda*, frente a otras eximentes justificantes desde la perspectiva penal.

¹⁶¹ Alegados, entre otros, por GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal. Proceso Penal*, 2012, pp. 405-406 y MASCARELL NAVARRO, M^a. J., *El sobreseimiento libre, como alternativa a la apertura del juicio oral, en el proceso penal ordinario por delitos más graves*, en Justicia, núm. IV, 1988, p. 905.

Los argumentos sistemáticos se vieron reforzados tras la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal operada en materia de prisión provisional por la L.O. 13/2003, de 24 de octubre.

En efecto, tal regulación corroboró que en la expresión “que el hecho no sea constitutivo de delito” no deben entenderse comprendidas las causas de justificación, frente a lo manifestado por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo.

A este respecto, el artículo 502 de la LeCrim. indica: “No se adoptará en ningún caso la prisión provisional cuando de las investigaciones practicadas se infiera racionalmente que el hecho no es constitutivo de delito o que el mismo se cometió concurriendo una causa de justificación”.

Resulta por consiguiente revelador que el legislador introduzca concretamente la expresión “causas de justificación” para no dejar lugar a dudas de que también en su apreciación racional debe quedar excluida la prisión provisional, diferenciando expresamente este supuesto del que acaece cuando el hecho no es constitutivo de delito.

Tal regulación aboga por la posibilidad de apreciar las causas de justificación en el ámbito del procedimiento de instrucción en aras de acordar el sobreseimiento de la causa.

Si la apreciación de éstas es posible en orden a decretar o no una medida cautelar desde el inicio del procedimiento, con mayor motivo podrá alegarse como fundamento de una petición de archivo con carácter previo al dictado de un auto de continuación del procedimiento.

En consecuencia, se contradice por el legislador la inclusión de las causas de justificación en el apartado 3º del artículo 637 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que conduce a la apertura del juicio oral en dichos casos.

B) La supuesta mayor dificultad probatoria de las causas de justificación frente a la exclusión del tipo

La negación de un concepto unitario de antijuridicidad en cuanto determinante de una estrecha conexión de dicho elemento con la producción de consecuencias jurídicas pertenecientes a otras ramas del Derecho y el correlativo efecto procesal de estimar preferible a mi juicio una discusión sobre la eventual concurrencia de causas de justificación en el acto del juicio oral, revestido de todas las garantías (a pesar de la petición de sobreseimiento), con posibilidad de responsabilidad civil a pesar de la estimación de una eximente justificante, no puede obviar, por otra parte, la existencia de un prejuicio generalizado que preside esta materia.

Dicho prejuicio viene condicionado por el entendimiento de que, en cualquier caso, la apreciación de causas de justificación en fase intermedia o de preparación del juicio resulta más ardua que la estimación de la ausencia de tipicidad.

No obstante, debe ponerse de manifiesto que pueden concurrir supuestos en los que la exclusión del tipo sea más difícil de acreditar que la propia ausencia de antijuridicidad, con lo que la tradicional distinción entre apreciación de ausencia de tipo, aceptada en fase instructora, y apreciación de causas de justificación, reservada al acto del juicio oral, devendría improcedente.

Ello no ocurre generalmente cuando se trata de elementos propios de la descripción del tipo legal. Sin embargo, la normativización introducida en el análisis del tipo objetivo mediante el desarrollo de las concepciones teleológicas conduce a que en gran número de casos la acreditación del mismo requiera un análisis pormenorizado de la situación concreta.

Piénsese, a este respecto, en la dificultad de prueba de los supuestos del tercer escalón de la imputación objetiva (autopuesta en peligro, consentimiento) o en los casos de desviaciones causales o cursos causales hipotéticos, que en ocasiones exigirán mayor actividad probatoria que la presencia de una causa de justificación. Por el contrario, de las diligencias practicadas en un determinado procedimiento podría desprenderse claramente la concurrencia de una eximente justificante.

Ello podría ocurrir, por ejemplo, en un supuesto de legítima defensa de tercero en el que se dispusiera al respecto de la declaración de la víctima corroborando la versión del actuante en su defensa, así como de numerosas declaraciones testificales de personas que presenciaron los hechos y que ofrecieran una versión de los mismos unívoca, sin escisiones ni fisuras, coincidentes a su vez con las manifestaciones de los policías en el atestado correspondiente, y, por último, de prueba documental y pericial en la que se acreditara que el ataque realizado fue únicamente fruto de la defensa ante la previa agresión acaecida¹⁶². ¿Por qué entonces se confiere doctrinalmente a la terminación anticipada del proceso en sede de tipicidad una

¹⁶² Tal supuesto, aunque también actuando en legítima defensa propia, concurrió en el caso de la STS de 14 de febrero de 1995 (ED 1995/957).

desproporcionada mayor facilidad que a la acaecida en el ámbito de la antijuridicidad?

Igualmente, las dificultades se acrecientan si se toman en consideración las diversas categorías intermedias que tienden a introducirse entre la atipicidad y la justificación en sentido propio,¹⁶³ cuestionando los efectos tradicionales atribuidos a ambas categorías.

Por consiguiente, los supuestos de terminación anticipada del proceso, motivados por la no apreciación de existencia de “delito” por parte del Juez Instructor, vinculando dicha expresión a la categoría sistemática de la tipicidad, pueden plantear los mismos problemas de apreciación probatoria que las causas de justificación cuando se aluda a elementos típicos determinados “normativamente”, procediendo asimismo la continuación del juicio en estos casos.

A este respecto, considero que la expresión “exentos de responsabilidad criminal” debe venir referida a la previa existencia de un tipo de injusto penal en cuanto injusto merecedor de pena y por consiguiente prohibido bajo amenaza de sanción penal en las leyes de esta naturaleza.

En este sentido, en el ámbito de la expresión “delito” utilizada por la LECrim deben incluirse exclusivamente los casos de tipicidad, pero no de una tipicidad entendida como mera descripción legal de los elementos del hecho punible, sino también como el

¹⁶³ Entre las que pueden citarse las causas de exclusión del injusto penal de GÜNTHER, los presupuestos negativos de merecimiento de pena de SAX o las causas de exclusión de la tipicidad penal de LUZÓN PEÑA, cuyo análisis será efectuado al tratar las diferentes concepciones diferenciadoras en el capítulo tercero.

conjunto de los factores que determinan la fundamentación de un injusto merecedor de pena, que conducirán necesariamente a la realización de valoraciones normativas, poniendo en relación la tipicidad con la antijuridicidad, pero situándose siempre en un plano de fundamentación del injusto penal.

Por su parte, la referencia a las causas de justificación, con incardinación en el número 3º del artículo 637, y su configuración como categoría exclusivamente penal que acoge en su seno permisos procedentes de otros sectores del Derecho precisamente en cumplimiento a sus particulares finalidades, deberá determinar la continuación del juicio, resultando excepcional su apreciación en auto de sobreseimiento, sujeta a la indiscutibilidad de la presencia de las mismas, la autorización en la Ley de tal resolución y la no formulación de acusación en el proceso.

De esta manera se salvaguardan de un modo más efectivo las garantías procesales consagradas en la Constitución, al tiempo que se acomoda la estructura del proceso a la función de las causas de justificación: excepcionar la materia de prohibición en el caso concreto, mediante la valoración de si desde la perspectiva de los fines del Derecho Penal la conducta alcanzaba el suficiente grado de injusto para ser merecedora y necesitada de pena.

CAPÍTULO SEGUNDO

EL MODELO DIFERENCIADOR NO TELEOLÓGICO DE ANTIJURIDICIDAD

I.- LA DISTINCIÓN ENTRE SIMPLES CAUSAS DE EXCLUSIÓN DE LO ILÍCITO Y CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN DESDE LA PERSPECTIVA DE LA TEORÍA DEL ÁMBITO LIBRE DEL DERECHO

1.- BASES PARA UNA DIFERENCIACIÓN

Frente a la afirmación básica de la concepción unitaria de la antijuridicidad, en virtud de la cual la conducta típica resultará, en su confrontación con el caso concreto, antijurídica o conforme a derecho, las variadas diferenciaciones que con fundamento en la teoría del ámbito libre del derecho se efectúan en esta sede parten de un dato común: la necesidad de reconocer junto a la tradicional dicotomía jurídico-antijurídico una tercera posibilidad, que el comportamiento sea calificado como “neutral”, “fuera del Derecho”, “fuera de la valoración jurídica” o “no prohibido”.

Dicho modelo diferenciador puede calificarse como “no teleológico”, en tanto en cuanto la introducción de categorías adicionales a las causas de justificación en este ámbito no vendrá dada por la

referencia a los fines específicos del Derecho penal¹⁶⁴. Así, en la adición de dichas categorías subyacen diversos factores, entre los que desempeñará a mi juicio un papel fundamental la propia severidad y exigencia de los criterios empleados tradicionalmente en la doctrina para identificar a las causas de justificación.

Este rigor a la hora de delimitar conceptualmente las eximentes justificantes se manifiesta fundamentalmente en dos elementos: la equiparación de dichas causas con la emisión de un juicio de valoración positiva de la conducta por parte del ordenamiento, con la consiguiente absolutización de tal juicio, y la imposición al sujeto afectado por ellas de un deber de tolerancia, en correlación con el derecho de intervención en bienes ajenos que se atribuye al autor.

Como corolario lógico de tal estructura, toda circunstancia que, excluyendo el injusto del hecho, no reúna las condiciones antedichas, planteará el problema de su incardinación en un *tertium genus* frente al binomio tradicional antijurídico-conforme a derecho.

Tal necesidad de distinción se aprecia ya en la clasificación efectuada por BELING¹⁶⁵, dentro de las causas de exclusión del

¹⁶⁴ Como sucede por el contrario con las concepciones de aquellos autores como SAX, GIMBERNAT, GÜNTHER o WOLTER, entre otros, en los que la división del juicio de antijuridicidad es determinada por consideraciones teleológicas en el marco de propuestas funcionalistas.

¹⁶⁵ BELING, E., *Die Lehre vom Verbrechen*, 1906, p. 168. En el mismo sentido, BAUMGARTEN, A., *Notstand und Notwehr*, 1911, p. 30, el cual distingue dentro de la acción antijurídica dos niveles: la acción desaprobada, en cuanto acción no permitida por el ordenamiento, y la acción expresamente prohibida por el Derecho, sin indicar no obstante, como ha apuntado KERN, E., *Grade der Rechtswidrigkeit*, ZStW 64 (1952), p. 258, la utilidad de dicha distinción en el ámbito penal, utilidad que este último autor pone expresamente en cuestión, negando su aplicabilidad en orden a distinguir legítima defensa y estado de necesidad como pertenecientes a uno u otro campo. No obstante, reconoce el autor que debe diferenciarse entre las causas de justificación que califican como

injusto, entre causas de justificación, que califican la acción como conforme a Derecho, y simples causas de exclusión del injusto (*Schlichte (einfache) Unrechtsausschliessungsgründe*), a las cuales no subyace un derecho de intervención, sino que otorgan a la acción únicamente la condición de irrelevancia jurídica, de tal manera que no está ni permitida ni prohibida (teoría de la neutralidad).

La clasificación de BELING incide de este modo en la cuestión de que no siempre la exclusión del injusto lleva aparejada la valoración positiva de la conducta, así como en la inexistencia de criterios valorativos unívocos y de eficacia general en relación con determinadas situaciones de colisión de bienes jurídicos de igual valor o no ponderables, evidenciada por BINDING en relación con el estado de necesidad no prohibido¹⁶⁶, ocasionando una revitalización de la teoría del ámbito libre del Derecho en la dogmática de las causas de justificación¹⁶⁷.

permitida la lesión de un bien jurídico y aquéllas que sólo aparecen como jurídicamente neutrales, *ob. cit.*, p. 261. En la doctrina española, LUZÓN DOMINGO, M., se muestra partidario de utilizar la denominación de causas de exclusión de la antijuridicidad o supuestos de ausencia de antijuridicidad frente a la de causas de justificación “porque, como hemos manifestado, en rigor no coinciden juridicidad y justicia... aparte de que, si lo estrictamente justo siempre excusara, necesariamente tendrían que excusar situaciones de clarísimos ejercicios abusivos de un propio derecho”, *Derecho Penal del Tribunal Supremo, Parte General*, Tomo I, 1964, p. 181.

¹⁶⁶ BINDING, K., *Systematisches Handbuch der Deutschen Rechtswissenschaft*, 1885, p. 765.

¹⁶⁷ En este sentido, con carácter fundamental, KAUFMANN, A., *Rechtsfreier Raum und Eigenverantwortliche Entscheidung*, FS für Maurach, 1972, pp. 327-345; el mismo, en *Strafrechtspraxis und sittliche Normen*, JUS 1978, pp. 361 y ss; *Strafloser Schwangerschaftsabbruch: rechtswidrig, rechtmässig oder was?*, JZ 1992, pp. 981-985. A favor igualmente de la aplicabilidad de dicha teoría a la solución de las situaciones de necesidad existenciales, COMES, H., *Der rechtsfreier Raum. Zur Frage der normativen Grenzen des Rechts*, 1976, pp. 94 y ss; FEHSENMEIER, W., *Das Denkmodell des strafrechtsfreien Raumes unter besonderer Berücksichtigung des Notstandes*, 1970, pp. 151 y ss. Afirmando su vigencia en el ámbito de la colisión de deberes, DINGELDEY, T., *Pflichtenkollision und rechtsfreier Raum*, JURA 1979, pp. 478-485. Diferenciando según su aplicación en el campo de la filosofía o en el de la dogmática penal, SCHILD, W., *Die Strafrechtsdogmatischen Konsequenzen des rechtsfreien Raumes*, JA 1978, especialmente, pp. 631 y ss.

Por consiguiente, tanto la vinculación de las eximentes justificantes con una valoración positiva, como la dificultad de elaborar un juicio unívoco al respecto en determinadas situaciones de necesidad existenciales, conducen decisivamente al intento de introducir una nueva distinción en el ámbito del injusto penal.

Si no todas las causas de exclusión del injusto suponen una valoración positiva por el Derecho ni otorgan un derecho de intervención, desde este punto de vista devendría necesaria la introducción de una nueva categoría de eximentes en el sistema del delito, siempre que no se trasladen dichas valoraciones al ámbito de la exculpación.

2.- ¿ES NECESARIA LA INTRODUCCIÓN DE UNA CATEGORÍA DOGMÁTICA AL AMPARO DEL ÁMBITO LIBRE DEL DERECHO?

A) Ámbito de aplicación

La formulación de dicho juicio de necesidad requiere, en primer término, la concreción del objeto y ubicación del ámbito libre del derecho en esta sede, lo cual permitirá ofrecernos una adecuada delimitación de su efectiva relevancia práctica¹⁶⁸.

¹⁶⁸ Alertando sobre la innecesariedad de ulteriores distinciones analíticas no acompañadas de efectos prácticos en la resolución del caso, en la dogmática actual, SILVA SÁNCHEZ, J.M., *“Introducción: Dimensiones de la sistematicidad de la teoría del delito”*, en El sistema integral del Derecho penal, Jürgen Wolter/Georg Freund (eds.), Ed. Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 16: “En el momento actual se constata, efectivamente, una cierta esterilidad de los planteamientos que proponen simplemente cambios de ordenación de las categorías y subcategorías; difícilmente puede afirmarse que éstos tengan repercusiones sustanciales en la resolución de casos.” En relación con el ámbito libre del derecho en concreto: ROXIN, *en Strafrecht, AT*, 4ª ed. 2006, 14/29.

En efecto, lo primero que llama la atención en relación con dicho intento dogmático es el estrecho grupo de casos que abarca, diferenciándose del concepto amplio de espacio libre de valoración jurídica utilizado en la Filosofía del Derecho¹⁶⁹. Así, el término es empleado en el ámbito penal para referirse a aquellas conductas respecto de las cuales (se afirma), a pesar de ser relevantes jurídicamente y diferenciables valorativamente, el ordenamiento jurídico retira sus normas y con ello renuncia a una valoración, no calificando éstas ni como antijurídicas ni conformes a derecho.

De este modo, se excluyen desde un principio, como ha reseñado ARTHUR KAUFMANN¹⁷⁰, tanto las múltiples actividades de la vida diaria (comer, beber, pasear), que podríamos calificar espacio libre del tipo o espacio libre de proposición jurídica, como también los supuestos calificados por el autor como libres de consecuencias jurídicas, que abarcarían los casos en los que ordenamiento, retirando la sanción, adopta una decisión valorativa inequívoca (causas de justificación, exculpación, causas de exclusión o de levantamiento de la pena).

No nos hallamos, por tanto, ante supuestos de atipicidad, en los que no se discute en la doctrina la posibilidad de existencia de un ámbito libre del derecho, sino que ya se ha traspasado el umbral del tipo penal. Igualmente no debe confundirse el término con el mero silencio del legislador, sino que se trata de supuestos en los que subyace una regulación con una concreta consecuencia jurídica (la renuncia a la sanción), “pero esta regulación no es

¹⁶⁹ De “necesidad filosófica-conceptual del espacio libre del derecho” habla SCHILD, W., *Die strafrechtsdogmatischen Konsequenzen des rechtsfreien Raumes*, p. 450.

¹⁷⁰ KAUFMANN, Arthur, *Rechtsfreier Raum und Eigenverantwortliche Entscheidung*, en FS für Maurach, 1972, p. 336.

valorada ni como conforme a Derecho ni como antijurídica. La mejor expresión sería espacio libre de valoración jurídica¹⁷¹.”

Por consiguiente, la delimitación se concreta en aquellos casos de conflicto humano existencial en los cuales colisionan bienes o deberes iguales o no ponderables en términos meramente aritméticos. Se afirma así que no existen en estos supuestos criterios de decisión que puedan aspirar a gozar de validez general, por lo que la decisión del conflicto debe remitirse a la propia conciencia del individuo¹⁷².

Asimismo, el ámbito de la teoría no se circunscribe al meramente penal, sino que cuando se afirma la existencia de un ámbito libre del Derecho, se hace referencia al conjunto del ordenamiento jurídico¹⁷³.

¹⁷¹ KAUFMANN, Arthur, *Strafloser Schwangerschaftsabbruch: rechtswidrig, rechtmässig oder was?*, JZ, octubre 1992, p. 984.

¹⁷² Con referencia básica al supuesto de la Tabla de Carneades, se alude asimismo a otras situaciones de conflicto existencial como los ejemplos clásicos de la Mignonette, el guardagujas (Weichensteller-Fall), el caso del montañero (Bergsteiger-Fall), o el de “eutanasia”. No obstante, el más significativo y sobre el que KAUFMANN centra la discusión será el de las indicaciones en el aborto, al hilo del parágrafo 218 a del StGB, KAUFMANN, Arthur, *Rechtsfreier Raum und Eigenverantwortliche Entscheidung*, pp. 339 y ss.; el mismo, en *Strafloser Schwangerschaftsabbruch: rechtswidrig, rechtmässig oder was?*, pp. 981 y ss. Por su parte, SCHILD, W., *Die strafrechtsdogmatischen Konsequenzen des rechtsfreien Raumes*, pp. 633-635, propone, en conexión con las causas simples de exclusión del injusto reconocidas por BELING, la introducción de una nueva categoría de causas excluyentes de la antijuridicidad, refiriéndose a los siguientes grupos: cumplimiento de un deber de protección a través de la lesión de un interés de igual valor de un tercero, muerte de una persona cuando es la única posibilidad de salvar muchas vidas, casos de salvación de un interés jurídico a través de la lesión de un tercero, el cual sin embargo no tenía en la situación dada ninguna posibilidad de permanecer sin lesión, supuestos de colisión de deberes, e indicaciones en el aborto, dejando abierta la posibilidad de otros supuestos de causas simples de exclusión del injusto.

¹⁷³ En esta línea, COMES, H., *Der rechtsfreier Raum. Zur Frage der normativen Grenzen des Rechts*, 1976, pp. 65 y ss.; DINGELDEY, T., *Pflichtenkollision und rechtsfreier Raum*, JURA 1979, pp. 478 y ss.; FEHSENMEIER, W., *Das Denkmodell des strafrechtsfreien Raumes unter besonderer Berücksichtigung des Notstandes*, 1970, pp. 157 y ss.

B) Valoración crítica de los fundamentos de la distinción

La delimitación de la teoría en los términos expuestos se halla en íntima correlación con la valoración crítica que cabe efectuar de la misma. A este respecto, puede afirmarse que la objeción fundamental dirigida a la teoría del ámbito libre del Derecho en su aplicación al ámbito penal viene determinada precisamente por la ubicación sistemática que pretende hallar en la teoría del delito, es decir, en el ámbito de la antijuridicidad, una vez afirmada la tipicidad de la conducta.

Desde el momento en que la conducta ya ha traspasado el umbral de la tipicidad, pudiendo afirmarse una infracción de la norma primaria, con la carga valorativa que ello conlleva, constituye opinión frecuente afirmar la imposibilidad de establecer en un paso ulterior la irrelevancia jurídica del comportamiento¹⁷⁴.

Ello se ve reforzado por el hecho de que se opera con un concepto de tipicidad alejado del meramente descriptivo en el sentido empleado por el primer BELING, sino se alude, como ha puesto de manifiesto SCHILD¹⁷⁵, a un concepto material de injusto.

Ciertamente, puede afirmarse que dicha objeción se halla en conexión con una característica determinante de la teoría: la

¹⁷⁴ En estos términos se pronuncian LENCKNER, T./STERNBERG-LIEBEN, D., S/S, 29 ed., 2014, ante 32, nm. 8, para los cuales todas las distinciones que pretende efectuar el modelo diferenciador no teleológico en el seno de la antijuridicidad (causas de justificación, causas de exclusión del injusto, causas que eliminan la antijuridicidad) se refieren al mismo fenómeno, sin que a ello vaya unido una diferencia material; igualmente LENCKNER, T., en *Der rechtfertigende Noststand*, pp. 15-31. En esta línea, MITSCH, W., en BAUMANN/WEBER/MITSCH, AT, 11 ed., 2003, 16/16, p. 282; HIRSCH, H.J., *Strafrecht und rechtsfreier Raum*, FS für Bockelmann, 1979, pp. 89 y ss; JESCHECK/WEIGEND, AT, 5ª ed., p. 333; ROXIN, C., *Strafrecht*, AT, 14/28.

¹⁷⁵ SCHILD, W., *Die strafrechtsdogmatischen Konsequenzen des rechtsfreien Raums*, p. 631.

atribución que se realiza al espacio libre de Derecho de una función general, en relación con el conjunto del ordenamiento jurídico, partiendo de que la referencia valorativa en el campo de la justificación así lo exige.

Por consiguiente, ante la imposibilidad en los supuestos problemáticos citados de establecer una valoración unívoca y positiva de la conducta del sujeto, se abandona la decisión a la propia conciencia del individuo, no disponiendo el ordenamiento jurídico de una decisión general vinculante.

Sin embargo, estimo que ello es así si partimos de tal rigidez en la determinación de los presupuestos de las causas de justificación, y, en definitiva, en el establecimiento de un concepto de antijuridicidad general desligado de premisas funcionales y determinado por la necesidad de valoración positiva de la conducta.

Ahora bien, ¿se llegaría a la misma conclusión si se partiera de que la valoración en este ámbito viene determinada por la acción preventiva mediante el establecimiento de normas de prohibición bajo amenaza de pena?

La conclusión, a mi juicio, debe ser distinta, y deja entrever que también en estos supuestos tiene lugar un juicio normativo por parte del Ordenamiento jurídico, cual es el de renunciar a la afirmación de un injusto penal en el caso en cuestión atendiendo a las circunstancias particulares que concurren.

Frente a la vaguedad del concepto de irrelevancia jurídica empleado por los defensores de esta teoría¹⁷⁶, nos hallamos ante la realidad consistente en que se ha producido una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, ante la cual el Ordenamiento ya no debe sustraerse a una valoración.

De hecho, la propia constitución de una categoría de “causas simples de exclusión del injusto¹⁷⁷” (*blosse Unrechtsausschliessungsgründe*) junto a las tradicionales “causas de justificación” (*Rechtfertigungsgründe*), ya refleja el establecimiento de un instituto jurídico novedoso y con efectos propios respecto del cual difícilmente puede predicarse que nos hallemos ante un espacio ajeno al Derecho¹⁷⁸.

La confusión se deriva de la necesidad de distinguir con nitidez ambos planos, el previo a la determinación del carácter típico del comportamiento y aquél en el que concurren los elementos fundadores del injusto penal¹⁷⁹.

¹⁷⁶ Interesante a este respecto es la mención que efectúa CUERDA, dentro de lo que califica como objeciones científicas a la teoría del ámbito libre del Derecho, a la relatividad del concepto de irrelevancia jurídica, en tanto en cuanto puede haber conductas relevantes para el Derecho penal que no lo sean para el Derecho civil y viceversa, cfr. CUERDA RIEZU, A., *La colisión de deberes en derecho penal*, ed. Tecnos, Madrid, 1984, p. 174.

¹⁷⁷ En la terminología de SCHILD, siguiendo a BELING. Otros términos propuestos son los de “causas de exclusión de la valoración de ilícito” (*Unrechtsbewertungsausschliessungsgründe*), empleado por FEHSENMEIER, W., *Das Denkmodell des strafrechtsfreien Raumes*, pp. 152 y ss., o el ya aludido de causas de exclusión de la valoración jurídica finalmente defendido por KAUFMANN, Arthur, *Strafloser Schwangerschaftsabbruch*, p. 984.

¹⁷⁸ En este sentido, GÜNTHER, H.L., *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss*, 1983, p. 264.

¹⁷⁹ La falta de claridad en la ubicación sistemática lleva a autores como SAX, W., *Der verbrechenssystematische Standort der Indikationen zum Schwangerschaftsabbruch nach 218 a StGB*, JZ, 1977, pp. 331, 335, a afirmar que la categoría del espacio libre del Derecho puede indicar desde el punto de vista de filosofía del Derecho la ausencia de merecimiento de pena de un aborto indicado, pero deja sin resolver la cuestión dogmático-jurídica relativa al elemento del delito al que deben reconducirse dichas indicaciones.

En el primero, la posibilidad de un espacio libre del Derecho es afirmada por un sector de la doctrina, planteándose en relación con este ámbito el supuesto paradigmático constituido por el suicidio, con las conclusiones que se derivan de su conceptualización como no prohibido ni permitido¹⁸⁰, siendo negado en el segundo dicha posibilidad por la doctrina mayoritaria.

Son precisamente las objeciones teleológicas las que evidencian con mayor nitidez la improcedencia de la teoría, con la pérdida de la verdadera referencia valorativa que debe venir constituida por la ausencia de merecimiento o necesidad de pena de la conducta en el caso concreto, y no las objeciones lógicas y técnico-jurídicas.

Entre ésta se alza con singular relevancia el llamado en lógica deóntica “principio de permisión”, en virtud del cual “lo no prohibido está permitido”, sin que quepa efectuar a este respecto ulteriores distinciones como las que postula dicha teoría, y que parte de un concepto de permiso como expresión idéntica a negación de obligación.

En el seno de dicha concepción destaca la postura de ROSS, el cual se muestra partidario de un concepto de permiso en sentido

¹⁸⁰ Manifestándose a favor de su inclusión, ROXIN, C., *AT I*, 4ª ed, 2006, 14/27; GALLAS, W., *Beiträge zur Verbrechenslehre*, 1968, pp. 180 y ss.; por el contrario, rechazando tal incardinación, WOLTER, J., *Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit in einem neuen Strafrechtssystem. Zur Strukturgleichheit von Vorsatz- und Fahrlässigkeitsdelikt, en 140 Jahre Goltdammer's Archiv für Strafrecht. Eine Würdigung zum 70. Geburtstag von Paul-Günter Pötz*, Heidelberg 1993, pp. 282 y ss. Así, afirma el autor que la garantía de la dignidad humana y la autonomía personal prohíben tal ámbito libre del derecho, hallándonos más bien aquí ante supuestos en los que en virtud del derecho de autodeterminación de la persona concurrirán injustos de coacciones, lesiones u homicidio-suicidio que plantean la problemática de la reprobabilidad, la justificación o la concurrencia de un deber de garante. Por consiguiente, “para una categoría sistemática de la no prohibición antes del tipo de injusto no existe ni motivo ni espacio”, *ob. cit.*, p. 283. Asimismo, el autor rechaza la teoría del ámbito del derecho bajo el marco de una categoría entre el injusto y la culpabilidad, en el sentido del “poder actuar de otro modo” (*Andershandelnkönnen*), *ob. cit.*, p. 291.

débil, a través del cual se manifiesta simplemente que el acto no está prohibido (porque el legislador no ha decidido su actitud hacia él), no reconociéndose ninguna regla jurídica permisiva que no constituya lógicamente una excepción modificativa de una prohibición (negación de obligación)¹⁸¹.

Frente a ello, Von WRIGHT¹⁸², distingue entre permiso débil y permiso fuerte, considerando este último como aquél que no está prohibido pero ha sido sometido a norma, habiendo considerado la autoridad su estado normativo y que no implica que la autoridad es necesariamente de haber permitido el acto, sino que también puede ser una consecuencia lógica de las normas que ha emitido.

La procedencia de la distinción viene motivada, a juicio de Von WRIGHT, por la necesidad de introducir el elemento de la “tolerancia”, como específico del permiso, y que no puede ser reconducido a los caracteres normativos de la obligación y prohibición, distinguiendo dentro del permiso fuerte entre el permiso como tolerancia, permiso como derecho en relación con los sujetos de la prohibición y permiso como habilitación.

Se parte en consecuencia de que todos los ordenamientos jurídicos son completos, al regularse todas las acciones posibles, hallándose las no reguladas permitidas, ya sea en cuanto permitidas jurídicamente, ya sea con fundamento en una permisión de hecho basada en la indiferencia o en la libertad.

No obstante, la aplicación de dicho principio al ámbito que nos ocupa, en conexión con el argumento de teoría del derecho en virtud del cual la no regulación de un supuesto de hecho contiene

¹⁸¹ ROSS, A., *Lógica de las Normas*, ed. Tecnos, Madrid, 1971, pp. 115-116.

¹⁸² VON WRIGHT, G.H., *Norma y acción*, ed. tecnos, Madrid, 1970, pp. 101 y ss.

una regulación (con la renuncia se autorizaría el comportamiento), debe ser matizada¹⁸³.

La virtualidad del principio de permisión requiere su conexión con las particularidades del orden jurídico en que la infracción de la norma ha sido afirmada, marcada por la producción de una consecuencia jurídica específica, y que en el caso al que nos referimos viene motivada por la imposición de la sanción penal. Sólo dentro de lo delimitado previamente por el injusto típico podrá postularse la eficacia de dicha norma, sin pretender la extrapolación de su contenido al conjunto del ordenamiento jurídico¹⁸⁴. Ello no impide la división del juicio de antijuridicidad en relación con otros sectores del ordenamiento¹⁸⁵.

¹⁸³ Manifestándose a favor de la aplicación del principio de que todo lo que no está expresamente prohibido está permitido, CARBONELL MATEU, J.C., *La justificación penal*, ob. cit., p. 115.

¹⁸⁴ A este respecto, ITURRALDE SESMA, V., *Consideración crítica del principio de permisión según el cual “lo no prohibido está permitido”*, en Anuario de Filosofía del Derecho Nueva Época, Tomo XV, 1998, pp. 187 y ss., ha criticado el mantenimiento del principio de permisión en nuestro ordenamiento, reseñando como razones en contra de su vigencia las siguientes: la inexistencia en nuestro sistema de una norma expresa o implícita que exprese dicho principio, los conflictos de derechos a que puede dar lugar su aplicación, las soluciones no contradictorias pero jurídicamente inviables que también puede acarrear, la relevancia de los medios de integración tradicionales en la solución de los problemas (analogía, principios generales del derecho, principios constitucionales), así como la circunstancia de que un caso genérico no regulado pueda tener como solución, según el caso al que se aplique, la prohibición o la permisión. Como ejemplo de conflictos de derechos se alude por la autora al no establecimiento en el artículo 90 E) del Código civil de la duración de la pensión compensatoria abonable en los supuestos de nulidad, separación o divorcio. Ello podría conllevar, en un proceso judicial en el que se discuta sobre tales cuestiones, que la aplicación del principio de permisión diera lugar a que ante la pretensión del cónyuge A (deudor de la pensión) de limitar su alcance en cinco años la respuesta sería afirmativa, al igual que la pretensión del cónyuge B (acreedor de la pensión) en cuanto a la posibilidad de cobrar la pensión indefinidamente, cuando sin embargo ambas soluciones, como es obvio, son incompatibles.

¹⁸⁵ “... en este ámbito sancionatorio la permisión no lo es respecto a los comportamientos, sino a las consecuencias de los mismos. Con esto quiero decir que el hecho de una acción u omisión no tenga una sanción penal ni administrativa no excluye una consecuencia de otro tipo (civil, laboral, etc.).”, ITURRALDE SESMA, V., ob. cit., p. 214.

Resulta en este sentido esclarecedor que dicho principio haya sido limitado al ámbito de determinadas ramas del Derecho sancionador, entre las que se incluye el Derecho penal, fundamentalmente en consonancia con el principio de legalidad de los delitos y las penas.

También debe resaltarse la vinculación que se establece en la relación de la permisión con la esfera de las consecuencias, y no con los comportamientos.

En virtud de estas premisas puede concluirse que toda acción u omisión cuya consecuencia no sea una pena, no puede ser sancionada con esta concreta consecuencia; ahora bien, afirmada la lesión del bien jurídico como sucede en los supuestos de causas simples de exclusión del injusto, regirá el principio antes afirmado: todo lo que no esté justificado será antijurídico penalmente, sin perjuicio de su valoración en las restantes categorías del delito.

Así, afirma HIRSCH¹⁸⁶ a este respecto la necesidad de diferenciar entre el ámbito de la cobertura permitida de lagunas legales por un lado y el ámbito de lo externo a la regulación jurídica por otro, y por tanto sustraído a la labor judicial, concluyendo en la necesidad de fortalecer la conciencia de que no es tarea del ordenamiento jurídico introducir todos y cada uno de los comportamientos en el “corset” de la reglamentación jurídica.

¹⁸⁶ HIRSCH, H.J., *Strafrecht und rechtsfreier Raum*, FS für Bockelmann, 1979, pp. 93-94. En el mismo sentido, aludiendo al modelo de democracia parlamentaria, en el que la libertad del individuo es originaria, ROXIN, C., *Strafrecht*, AT, 14/26; el mismo, en *Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe in Abgrenzung von sonstigen Strafausschliessungsgründen*, en *Rechtfertigung und Entschuldigung*, ob. cit., pp. 247-250.

De lo expuesto anteriormente se desprende que la introducción de la categoría del ámbito libre del Derecho en el seno de la teoría del delito como construcción intermedia entre la antijuridicidad y la culpabilidad no es necesaria, resultando incardinables los fundamentos de su pretensión en el seno de las categorías ya existentes.

Ello es así porque en primer lugar los supuestos indicados parten de la identificación de la justificación con la valoración positiva de la conducta¹⁸⁷, lo cual debe ser rechazado en un Derecho penal orientado político-criminalmente, en el que la referencia básica no debe venir constituida por la conformidad al Derecho en general, sino con la concurrencia de los presupuestos específicos de imposición de la sanción.

Pero es que, además, la pretendida neutralidad valorativa no concurre en dichos conflictos existenciales, como expresión, como

¹⁸⁷ La improcedencia de la identificación justificación: valoración positiva de la conducta es afirmada tajantemente por GIMBERNAT, E., *El estado de necesidad: un problema de antijuridicidad*, Estudios de Derecho Penal, 3ª ed., 1990, pp. 227-228, el cual indica que la conformidad con el derecho no debe identificarse con dicha valoración positiva de la conducta, sino “sólo que la ley- por los motivos que sean- renuncia frente a la comunidad a amenazar con una pena, renuncia a motivar la no comisión mediante el mecanismo punitivo”, manifestando que del mismo modo que en sede de atipicidad no se requiere dicho juicio positivo de la conducta, lo mismo debe regir en materia de causas de justificación: “Por consiguiente, lo que caracteriza al comportamiento atípico no es que el orden jurídico lo estime valioso, sino únicamente renuncia a motivar con una pena su no ejecución. Esta renuncia obedece frecuentemente- como en el ejemplo de dar limosna- a que el comportamiento es enjuiciado favorablemente; pero otras veces a consideraciones de naturaleza distinta que pueden hacer aconsejable la atipicidad de un comportamiento que incluso se valora muy negativamente”, *ob. cit.*, p. 228.; En la misma línea, mayoritaria en la doctrina actual, entre otros, CUERDA RIEZU, A., *La colisión de deberes en derecho penal*, pp. 311 y ss.; HIRSCH, H.J., *Strafrecht und rechtsfreier Raum*, p. 100 (“con ello son sin embargo estos conceptos sobrecargados”); el mismo, en *LK-StGB*, ante 32, núm. 64; LENCKNER, T., *Der Rechtfertigende Notstand*, p. 22; LUZÓN PEÑA, D.M., *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, ed. Bosch, 1978, p. 248; el mismo, en *Causas de atipicidad y causas de justificación*, en *Causas de justificación y de atipicidad en Derecho penal*, p. 35; ROXIN, C., *Strafrecht*, AT, 14/29; RUDOLPHI, H.J., *Rechtfertigungsgründe im Strafrecht*, en *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, *ob. cit.*, p. 377; THIEL, S.M., *Die Konkurrenz von Rechtfertigungsgründen*, 2000, *ob. cit.*, p. 60.

señala ARTHUR KAUFMANN, de un ordenamiento jurídico liberal en una sociedad pluralista¹⁸⁸, sino que la referencia básica de la pena en el caso concreto impregna toda la discusión desde el momento en que se ha afirmado la tipicidad de la conducta en un sentido no meramente formal.

En esta dirección, deben desligarse del ámbito libre del Derecho no sólo los casos encuadrados claramente al margen de la tipo, sino también aquellos englobables en los supuestos de ausencia de imputación objetiva de la conducta, fundamentalmente a través del primer escalón de creación de un riesgo jurídicamente relevante, y que a través de dicho instrumento son objeto de una valoración previa claramente definida.

A dicha quiebra de neutralidad conduce igualmente, como ha apuntado certeramente LAURENZO COPELLO, la afirmación que se efectúa en todo caso del carácter desvalioso del resultado, ponderando tan sólo la inexistencia de criterios objetivos para valorar la acción necesaria, lo que evidenciaría que nos hallamos más bien ante un caso de disminución del ilícito (eliminación del desvalor de acción) y no de exclusión de éste¹⁸⁹.

Pero no sólo desde el punto de vista sustantivo se aprecia la existencia de valoración en estos supuestos. También resulta difícilmente sostenible hablar de un espacio libre del Derecho a estas alturas del análisis del delito, desde un punto de vista procesal.

¹⁸⁸ Así, en *Rechtsfreier Raum und Eigenverantwortliche Entscheidung*, FS für Maurach, 1972, p. 332.

¹⁸⁹ LAURENZO COPELLO, P., *El aborto no punible*, ed. Bosch, 1990, pp. 288-289.

En efecto, debe ponderarse que la existencia o no en el caso concreto de dicho ámbito, dada su ubicación sistemática, requerirá la realización de todos los trámites de la instrucción procesal, no siendo procedente a la vista de la regulación actual el sobreseimiento previo de las actuaciones.

Por consiguiente, deberán realizarse todas las diligencias de investigación pertinentes hasta llegar finalmente al juicio oral, donde, con observancia de las garantías de contradicción y publicidad, se ventilaría la cuestión de si la conducta del acusado se hallaba en un “espacio ajeno al Derecho o fuera de valoración jurídica”, lo cual resulta cuando menos chocante.

Por consiguiente, podemos afirmar, a la vista de los fundamentos de la teoría expuesta, que su introducción como *tertium genus* en el ámbito de la antijuridicidad estableciendo otra división analítica respecto de las causas de justificación, no resulta necesaria político-criminalmente, al margen de que encubre la concurrencia de una decisión real: la exención de pena en atención a la disminución del contenido del injusto del hecho en la situación concreta.

C) Valoración crítica de los efectos de la distinción

La innesariedad de introducir causas simples de exclusión del injusto junto a las tradicionales causas de justificación se percibe asimismo en la semejanza de los efectos pretendidos con dicha construcción y los de la justificación. Ello acontece claramente en materia de error y participación.

De este modo, se establece por los partidarios de dicha teoría la impunidad de la participación en una acción no prohibida, con

fundamento en la exigencia del principio de accesoriedad de un desvalor de acción, el cual ha sido excluido en los supuestos conflictivos analizados¹⁹⁰.

Por su parte, SCHILD¹⁹¹ alude a que en estos supuestos se excluye el injusto del hecho con carácter general, no tratándose de motivos meramente relativos a la persona del autor o su culpabilidad, por lo que no constituyen un hecho principal “antijurídico”, negándose la participación delictiva en tales hechos.

Con ello se aprecia la vinculación establecida entre injusto con carácter general y ámbito libre del Derecho, en donde se sitúa su ubicación sistemática, por lo que, coherentemente, la participación en tales hechos devendrá impune.

Por lo que concierne a los supuestos de error, deben distinguirse por un lado el error sobre la existencia o los límites de la causa de exclusión del ilícito, que, en cuanto falta la conciencia de actuar ilícitamente, es calificado como error de prohibición¹⁹², y por otro el error sobre los presupuestos fácticos de dichas causas, el cual ofrece mayor complejidad, al no poder afirmarse con rotundidad, sin ser incongruentes con los fundamentos aceptados, la existencia de un error de tipo permisivo.

No obstante, los seguidores de tal concepción se inclinan en estos casos por el error de tipo, no sin señalar, como efectúa KAUFMANN, que se acoge dicha regla por tratarse de la más suave, que debe prevalecer en caso de duda, reconociendo las dificultades

¹⁹⁰ KAUFMANN, Arthur, *Rechtsfreier Raum und Eigenverantwortliche Entscheidung*, FS für Maurach, p. 342.

¹⁹¹ SCHILD, W., *Die strafrechtsdogmatischen Konsequenzen des rechtsfreien Raumes*, p. 636.

¹⁹² SCHILD, W., *Die strafrechtsdogmatischen Konsequenzen des rechtsfreien Raumes*, p. 635;

de incardinación tanto en el error de tipo como en el error de prohibición¹⁹³.

Por tanto, las divergencias en los efectos respecto de las causas de justificación se plantean sobre todo en el ámbito de la legítima defensa frente a las acciones no prohibidas, ante la eventualidad de admitir la reacción del ofendido frente a dichas acciones.

Se trata de la principal distinción efectuada por dicha teoría, sobre la que se constituyó la base del estado de necesidad no prohibido de BINDING, y que ha sido objeto de numerosas críticas, argumentándose incluso la invalidez de la distinción con base en esta consecuencia.

Destacan así ESER/BURKHARDT a este respecto que la mera declaración de la conducta como “no prohibida” obvia la misión del ordenamiento en cuanto regulador de las interacciones sociales, debiendo tomarse en consideración las consecuencias del comportamiento para los demás. Ello se traduce en la distinción nítida que debe efectuarse entre la antijuridicidad (que autoriza a defenderse) y la “conformidad a derecho”, con su correspondiente

¹⁹³ KAUFMANN, Arthur, *Rechtsfreier Raum und Eigenverantwortliche Entscheidung*, p. 342: “...no se puede clasificar de manera inequívoca ni como error de tipo ni como error de prohibición. Ello se infiere de la naturaleza ambigua de tales acciones, que ni son conformes a Derecho ni son antijurídicas.” En el mismo sentido, SCHILD, W., *Die strafrechtsdogmatischen*, p. 634. Aludiendo a la corrección de la solución ofrecida desde la perspectiva de la teoría de los elementos negativos del tipo, LAURENZO COPELLO, P., *El aborto no punible*, *ob.cit.*, pp. 277-280, la cual incluye entre los supuestos analizados el desconocimiento de la concurrencia de los presupuestos de una causa de exclusión de lo ilícito, lo cual, como la propia autora reconoce, se halla en conexión con la necesidad o no de un elemento subjetivo en la causas de justificación. La solución por la que aboga LAURENZO se muestra coherente con la peculiar naturaleza de los supuestos de simple exclusión del injusto: si en ellos la exclusión se basa exclusivamente en la desaparición del desvalor de acción, permaneciendo incólume el desvalor de resultado, el desconocimiento por el sujeto de los presupuestos fácticos llevaría al delito consumado, *ob. cit.*, pp. 280-282.

deber de tolerar, lo cual no es llevado a cabo en el seno de la teoría del ámbito libre de derecho¹⁹⁴.

La dificultad dogmática de solventar este efecto se manifiesta en las soluciones adoptadas por los defensores de la teoría: el propio KAUFMANN llega a la conclusión de que, constituyendo una particularidad de tales situaciones conflictivas la inexistencia de una solución satisfactoria, sitúa la defensa frente a una acción no prohibida igualmente fuera del ámbito del derecho¹⁹⁵.

Por su parte, de no menos satisfactoria puede calificarse la solución adoptada por BINDING frente a estos casos, el cual, si bien admite la legítima defensa frente a las acciones no prohibidas, niega la posibilidad de auxilio necesario, con la contradicción intrasistemática que ello supone¹⁹⁶.

Desde las premisas de las que parte el ámbito libre del Derecho, resulta difícil argumentar la posibilidad de legítima defensa frente a acciones no prohibidas. Si se entiende que no concurre en el supuesto concreto ni siquiera una valoración jurídica, menos podrá afirmarse que se dan elementos de la “agresión antijurídica” requerida tanto en el artículo 20 de nuestro Código penal como en el párrafo 32 del StGB.

¹⁹⁴ ESER, A./BURKHARDT, B., *Derecho Penal. Cuestiones fundamentales de la Teoría del Delito sobre la base de casos de sentencias*, ed. Colex, 1995, p. 205.

¹⁹⁵ KAUFMANN, Arthur, *Rechtsfreier Raum und Eigenverantwortliche Entscheidung*, p. 342. Niega el autor no obstante, en su crítica exarcebada a Roxin, que ello suponga un caos jurídico, sosteniendo que el espacio libre del Derecho nunca implica la falta de una regulación jurídica, ni se trata de consecuencias jurídicas, sino que gira exclusivamente en torno a si para un comportamiento típico, que el legislador ha declarado impune (se alude al ejemplo de las indicaciones en el aborto), es adecuada la valoración como “conforme a Derecho”, “antijurídico” o “no prohibido”, terminando por sostener su anclaje preferente en el ámbito del espacio libre de valoración jurídica, *vid.* KAUFMANN, Arthur, *Strafloser Schwangerschaftsabbruch*, JZ, oct. 1992, p. 984, nota 18.

¹⁹⁶ BINDING, K., *Handbuch des Strafrechts*, 1, 1885, p. 766.

La afirmación de legítima defensa se conecta con la inexistencia en estos supuestos tanto de una valoración positiva de la conducta, como de la atribución de un derecho de intervención al sujeto afectado por la situación conflictiva.¹⁹⁷

No obstante, extraer de dichas aseveraciones la existencia de una agresión susceptible de legítima defensa (SCHILD) o de dos acciones que quedan fuera del ámbito del derecho (KAUFMANN), no resulta adecuado, ya que se corre el riesgo de trasladar la ambivalencia de lo “no prohibido” al campo de la legítima defensa y el auxilio necesario¹⁹⁸.

Tal solución altera también los fundamentos de la eximente de legítima defensa, en cuanto no se halla en consonancia con el principio de prevalecimiento del Derecho frente al injusto como elemento supraindividual ínsito en ésta. No constituye, por tanto, el camino adecuado para articular la defensa en estos casos.

Por su parte, GIMBERNAT señala que la posibilidad de reaccionar en estado de necesidad frente a acciones justificadas, entre las que incluye el estado de necesidad por conflicto de bienes iguales como ámbito primordial del espacio libre de Derecho, debe analizarse de acuerdo con los diferentes motivos que han llevado al legislador a la conformidad con el Derecho de la conducta típica: si la acción

¹⁹⁷ En esta línea, SCHILD, W., *Die strafrechtsdogmatischen Konsequenzen des rechtsfreien Raumes*, p. 636, identifica el término antijurídico del parágrafo 32 del StGB con hallarse “sin derecho de intervención”, por lo que resulta sencillo establecer a continuación la admisión de la legítima defensa.

¹⁹⁸ Recalcando la necesidad de mayor concreción, WOLTER, J., *Verfassungsrechtliche Strafrechts-, Unrechts- und Strafausschlussgründe im Strafrechtssystem von Claus Roxin*, GA, 1996, p. 225, el cual alude al clásico dilema que se plantearía en cuanto que la obstaculización violenta de un aborto a través de los detractores de las indicaciones del parágrafo 218 del StGB sería tan impune como una eventual reacción defensiva del médico, manifestándose partidario de atribuir los efectos propios de las causas de justificación.

cubierta por la causa de justificación es considerada valiosa (así, la legítima defensa), la situación no podrá ser suprimida mediante la lesión de otro bien jurídico.

Por el contrario, en el supuesto de estado de necesidad por conflicto de bienes iguales, en el que, afirmándose la conformidad a Derecho, no concurre una situación valiosa, deberá admitirse el estado de necesidad del afectado por tal acción, en orden a no aplicar dos criterios distintos para el que actúa en primer lugar en estado de necesidad y para el que se ve afectado por tal situación¹⁹⁹.

A las palabras de GIMBERNAT subyace, como no podía ser menos en una concepción teleológica como la suya, una quiebra de los criterios tradicionales de identificación de las eximentes justificantes, en concreto el referente a la obligatoriedad de un deber de tolerancia de las acciones justificadas.

Ahora bien, establecer en todos y cada uno de los supuestos imaginables dicho deber de tolerancia implica confundir dos planos que deben ser objeto de distinta valoración, cuales son la comisión por el sujeto de un injusto penal merecedor de pena y por otro lado las facultades de reacción que quepa otorgar a la víctima de tal intervención²⁰⁰.

A este respecto, entiendo que tampoco desde este punto de vista resulta necesaria la introducción de las causas simples de

¹⁹⁹ GIMBERNAT, E., *El estado de necesidad: un problema de antijuridicidad*, ob. cit., pp. 229-230; el mismo, en *Prólogo* a *La colisión de deberes en derecho penal*, ed. Tecnos, Madrid, 1984, p. 27.

²⁰⁰ Distinguiendo con claridad ambos planos, con base en la división efectuada por DRESSLER entre autorizaciones que comprenden derechos de actuaciones y autorizaciones que implican facultades de actuación (sin obligación de tolerar en este segundo caso), LARRAURI PIJOÁN, E., *Causas de justificación: criterios de identificación*, ob. cit., pp. 101 y ss.

exclusión del injusto, ya que la concurrencia de una causa de justificación no debe conllevar siempre la ausencia de reacción defensiva.

Si la función de la justificación penal no se circunscribe a la declaración del carácter positivo de un comportamiento, con validez en todo el ordenamiento jurídico, sino que debe ponerse en conexión con el merecimiento de pena de la conducta en el caso concreto, no deviene imperiosa la introducción de una nueva categoría entre el injusto y la culpabilidad.

Se trata de una cualidad (la exclusión de reacción defensiva) que también puede acontecer en los supuestos de atipicidad²⁰¹, sin que quepa afirmar por otra parte la existencia de verdaderos derechos de intervención en todas las causas de justificación, ya que la cualidad principal de éstas no viene determinado por tal elemento²⁰².

En conclusión, ni los fundamentos del ámbito libre del Derecho, entre los que desempeña un papel primordial la identificación justificación-valoración positiva de la conducta, ni los efectos pretendidos, equiparables a los ya otorgados a las eximentes justificantes excepto en lo referente a la posibilidad de legítima defensa frente a acciones no prohibidas, justifican la introducción

²⁰¹ Como señaló PERRON en su magnífico escrito de habilitación: “La disputa sobre el “espacio libre de Derecho” o la “simple autorización de la acción” no afecta por ello a la esencia de las causas de justificación, sino sólo a sus concretos criterios de valoración. El “derecho de intervención” no es ni una cualidad necesaria ni específica de las causas de justificación.”, PERRON, W., *Rechtfertigung und Entschuldigung im deutschen und spanischen Recht*, 1ª ed., Baden-Baden: Nomos Verl., 1988, p. 87.

²⁰² MAURACH, R., *Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 4ª ed., 24/19, alude a la necesidad de distinguir las diversas situaciones de estado de necesidad que pueden concurrir, si bien rechaza la teoría de las acciones meramente no prohibidas y de un campo libre del Derecho en cuanto en el marco de la valoración del hecho la decisión a favor de un derecho de intervención debe ser clara.

de una distinción analítica adicional en la teoría del delito como la pretendida, ubicada entre el injusto y la culpabilidad.

Su introducción se muestra superflua ante la configuración de un sistema del delito abierto, orientado a los fines del Derecho penal, en el que las referencias y decisiones valorativas que se pretenden matizar ya son absorbidas por el material dogmático disponible, esto es, por una función de las causas de justificación conectada a la ausencia de merecimiento y necesidad de pena de la conducta y a postulados garantísticos propios de un Estado social y democrático de Derecho.

II.- LA JUSTIFICACIÓN PROCEDIMENTAL COMO MODELO SUPERADOR DEL CONCEPTO TRADICIONAL DE JUSTIFICACIÓN

1.- LOS FUNDAMENTOS DE LA PROCEDIMENTALIZACIÓN

Entre los modelos propugnados en orden a superar la tradicional concepción de la justificación penal y frente a la concepción unitaria predominante, ocupa un lugar destacado en la discusión actual la llamada justificación procedimental o procedimentalización (legitimación por el procedimiento).

Como ha resaltado HASSEMER, los fundamentos de esta procedimentalización parten de la quiebra de dos principios fundamentales de la dogmática de la antijuridicidad, cuales son:

- 1) Una causa de justificación implica siempre la salvación de un interés prevalente, con la consiguiente afirmación de un “mejor derecho” del autor.

- 2) La existencia de una causa de justificación depende de su constatación en el caso concreto por el juez penal²⁰³.

En este sentido, el desarrollo conceptual de una justificación basada en el procedimiento se vincula a la imposibilidad de afirmar, en determinados supuestos, la prevalencia del interés salvado frente al sacrificado, con especial consideración de la problemática del aborto. Esta imposibilidad se hallaría en conexión con los rasgos vigentes en las sociedades actuales, caracterizadas por la dificultad de hallar un consenso acerca de la valoración adecuada de la solución a determinadas situaciones de conflicto²⁰⁴.

Consecuencia de ello resultará la renuncia del Estado a formular un juicio sustantivo sobre la conformidad a Derecho o antijuridicidad de la lesión del bien jurídico afirmada, sino que la exención de pena vendrá dada por el cumplimiento de un procedimiento concreto descrito legalmente, con observancia de determinados requisitos²⁰⁵, como mejor medio de obtener en estos supuestos la protección del bien jurídico pretendida.

²⁰³ HASSEMER, W., *Justificación procedimental en el Derecho penal*, en *Justificación material y justificación procedimental en el derecho penal*, HASSEMER/LARRAURI, ed. Tecnos, 1997, p. 17. Destacan igualmente dichos presupuestos en la teoría de Hassemer: SALIGER, F., *Prozedurale Rechtfertigung im Strafrecht*, Festschrift für Winfried Hassemer, 2010, pp. 599-615 y STRATENWERTH, G., *Prozedurale Regelungen im Strafrecht*, Festschrift für Winfried Hassemer, 2010, pp. 639-646.

²⁰⁴ Se afirma en esta línea: “Actualmente se asiste a la eclosión de múltiples comportamientos respecto de los cuales no existe una conciencia única acerca de cuál es el interés prevalente. En muchos casos no existen ya unas normas sociales unívocas respecto de las cuales fundar las normas jurídicas; en otros no existe aún una conciencia social que permita abarcar toda la complejidad moral, técnica, social y científica, existente en nuestras sociedades. Ello comporta que la exigencia de que se encuentre y declare un interés de mayor valor, como criterio para declarar un comportamiento autorizado, entre necesariamente en cuestión.”, HASSEMER/LARRAURI, *ob. cit.*, *Introducción*, p. 10.

²⁰⁵ Así, en el caso del aborto, las condiciones para la exclusión de la antijuridicidad, con fundamento en el parágrafo 218 a) I StGB, consistirían en: 1) Asesoramiento de la embarazada en una situación de necesidad y conflicto, por lo menos tres días antes de la intervención; 2) Comprobación del asesoramiento ante el médico mediante un certificado; 3) que el aborto sea

Junto a dicho marco procedimental, se atribuye asimismo a la persona afectada o a los médicos en determinados casos la comprobación de la concurrencia de la causa de justificación, frente a la tradicional atribución al Juez penal, en tanto en cuanto la exención de pena es afirmada mediante el cumplimiento de dicho procedimiento.

Tal cambio de perspectiva conlleva importantes efectos, al tiempo que se halla en conexión con la estructura propia de la norma de determinación, y su preeminencia frente a la norma de valoración. Ello implica el paso de un punto de vista centrado en el Juez a la acentuación de la perspectiva del ciudadano, al cual debe permitírsele desde el principio del proceso saber a qué debe atenerse²⁰⁶.

La paradoja se producirá cuando, al no poder verificarse la conformidad a derecho de forma cierta, sino tan sólo la adecuación al procedimiento establecido, se niegue en ocasiones la

realizado por un médico; 4) a petición de la embarazada; 5) dentro de un plazo de doce semanas desde la concepción. Como puede comprobarse, se trata de unos requisitos muy semejantes a los introducidos en nuestra legislación por la L.O. 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.

²⁰⁶ Dicha acentuación de la perspectiva *ex ante* fue puesta de manifiesto por ESER en el debate que tuvo lugar en el Coloquio de Derecho comparado, celebrado del 13 al 17 de septiembre de 1993 en Tokio, bajo el título *Rechtfertigung und Entschuldigung im Vergleich des deutschen Strafrechts mit dem Strafrecht ostasiatischen Länder*. Así lo reseña LENZ, K.F., en su *Tagungsbericht*, ZStW, 1994, p. 678. ESER recordó la vinculación de las normas de comportamiento a los ciudadanos a los que se dirige, en conexión con la configuración del proceso, frente a la afirmación de JAKOBS de que la discusión sobre este tema ha comenzado de forma incorrecta, existiendo en todo caso unanimidad entre los participantes acerca de que la cuestión de la “legitimación a través del procedimiento” en derecho penal merece sin duda una mayor profundización.

justificación de la conducta, gravando a ésta con la declaración de su antijuridicidad²⁰⁷.

Por el contrario, la verdadera naturaleza de tal justificación procedimental viene configurada por la producción de idénticos efectos que los atribuibles tradicionalmente a las causas de justificación, en materia de participación, error, tentativa y exclusión de legítima defensa y auxilio necesario de la víctima de la intervención.

Dicha identidad de efectos se deja traslucir igualmente en la sentencia del Tribunal Constitucional alemán citada por HASSEMER, en cuanto excluye la caracterización del supuesto como auxilio en la legítima defensa, por lo que el mantenimiento de su calificación como antijurídico resulta en dicho aspecto contradictorio.

Antes bien, si se acepta el criterio de la justificación procedimental, otorgándose virtualidad al establecimiento de condiciones básicas de decisión al margen de ulteriores ponderaciones axiológicas, e incluso se favorece por el Estado el asesoramiento mediante la adecuación de los establecimientos públicos y creación de puestos de trabajo, difícilmente puede mantenerse en congruencia con esta teoría el carácter de antijurídico de la conducta.

A este respecto, resulta esclarecedora la crítica efectuada por JAKOBS a la sentencia mencionada, afirmando expresamente que el Tribunal Constitucional no tiene poder alguno en orden a la

²⁰⁷ Así lo afirma la opinión mayoritaria en la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán, de 28 de mayo de 1993, *BVerfG* 88, citada por HASSEMER, ob. cit., pp. 17-18. Nótese la vinculación en este sentido del Tribunal al criterio tradicional de justificación constituido por la comprobación por el Juez de la salvación del interés preponderante.

definición del concepto de antijuridicidad, sino que su tarea se limita a declarar que una determinada conducta es o no conforme a Derecho²⁰⁸.

Así, considera el autor que la afirmación de antijuridicidad por el Tribunal, al tiempo que reconoce y promueve el asesoramiento de la embarazada y los establecimientos apropiados para la interrupción del embarazo, “puede entenderse o bien como una invitación al Estado a la participación en el resquebrajamiento de la estructura de la sociedad, esto es, del derecho y con ello, una pretensión perversa- literalmente hablando- o bien el abandono del postulado que ha sido mantenido nominalmente relativo a la antijuridicidad de la interrupción del embarazo.”²⁰⁹

Por el contrario, constando la producción de idénticos efectos a una causa de justificación, debe entenderse excluida la antijuridicidad, con un importante cambio, sin embargo, del sustrato justificante: el procedimiento legalmente establecido frente al criterio de la ponderación de intereses con afirmación del interés preponderante²¹⁰.

²⁰⁸ JAKOBS, G., *¿Existe un aborto lícito de personas?*, en *Dogmática de Derecho Penal y la configuración normativa de la sociedad*, ed. Civitas, 2004, pp. 239-240.

²⁰⁹ JAKOBS, G., *Ibidem*, p. 240, el cual da en este punto la razón a ESER, terminando por negar la consideración del feto como persona, “En la medida en la que está permitido abortar y siempre que la interrupción del embarazo se considere permitida tras la consulta y el consejo institucional.”

²¹⁰ En la misma línea, WOLTER, J., *Verfassungsrechtliche Strafrechts-, Unrechts- und Strafausschlussgründe im Strafrechtssystem von Claus Roxin*, GA, 1996, p. 226.

2.- PRESUPUESTOS Y DELIMITACIÓN DE LA JUSTIFICACIÓN PROCEDIMENTAL

A) Presupuestos

La introducción en el debate penal de una justificación a través del procedimiento hunde sus raíces en las teorías iusfilosóficas caracterizadas por la disminución de la confianza en el acceso de los hombres a la realidad desde el punto de vista de la teoría del conocimiento, así como en el rechazo tanto de los postulados del Derecho natural como del positivismo²¹¹. El criterio del Derecho adecuado no puede garantizarse mediante premisas sustantivas, sino que se recurre al procedimiento como método de búsqueda de la verdad o de la justicia²¹².

Así, señala HASSEMER que “las condiciones para que se dé una procedimentalización coinciden en filosofía y en derecho penal. Se trata de tres notas comunes: - un desconocimiento específico - respecto de un determinado contenido - cuyo conocimiento es constitutivo para un determinado plan”, indicando a continuación el carácter igualmente común de las consecuencias que se producen: “- a pesar del déficit de conocimiento constitutivo no se renuncia a este plan - la búsqueda de la verdad o de la justicia se

²¹¹ HASSEMER, W., *Justificación procedimental en el Derecho penal*, ob. cit., pp. 41-48, aludiendo como exponente fundamental de dicha tendencia a la teoría del discurso de HABERMAS, en cuanto traslada las condiciones necesarias de justicia y de verdad al plano del procedimiento a emplear en su búsqueda, mediante la discusión común con las mismas posibilidades de participación y crítica, libre de dominación.

²¹² Resaltando la elaboración de las proposiciones sobre la verdad en este ámbito a través del procedimiento y no del conocimiento, GRUNWALD, A., *Das prädiskursive Einverständnis. Wissenschaftlicher Wahrheitsbegriff und prozedurale Rechtfertigung*, Journal for General Philosophy of Science, vol. 29, n° 2, septiembre, 1998, pp. 205-223.

asegura a través de procedimientos – cada resultado obtenido de acuerdo al procedimiento será aceptado²¹³.”

Se parte por consiguiente de un déficit de conocimiento, así como de la imposibilidad de ofrecer respuesta valorativa unívoca a determinaciones constelaciones de casos, por lo que el único recurso que resta al Estado es el de articular la protección del bien jurídico a través del seguimiento de determinados requisitos de naturaleza procedimental²¹⁴.

Tal modelo de justificación se corresponde con otras soluciones aportadas en este ámbito, como “el modelo de discurso orientado a una situación de necesidad”, elaborado por ESER, en las situaciones de conflicto planteadas en conexión con la interrupción voluntaria del embarazo, erigiéndose ya el asesoramiento de la mujer en el centro de protección del bien jurídico.

Se trata de proteger las condiciones de decisión de la embarazada, y sólo de forma mediata los bienes jurídicos sobre los que recae el clásico sistema de las indicaciones²¹⁵. Ello no significa orientar la justificación a un mero respeto de la decisión de la embarazada, sino que la exclusión de la antijuridicidad proviene del hecho de

²¹³ HASSEMER, W., *Justificación procedimental en el Derecho penal*, ob. cit., p. 44.

²¹⁴ SALIGER, F., en SCHULD, L., (ed.), *Verantwortung zwischen materialischer und prozeduraler Zurechnung*, 2000, pp. 102 y ss.

²¹⁵ Fundamental en este sentido, ESER, A., en ESER/KOCH, *Schwangerschaftsabbruch im internationalen Vergleich, Tercera parte: Rechtsvergleichender Querschnitt- Rechtspolitische Schlussbetrachtungen-Dokumentation zur neueren Rechtsentwicklung*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1999, pp. 590 y ss.; p. 605; el mismo, en *Das neue Schwangerschaftsabbruchsstrafrecht auf dem Prüfstand*, NJW, 1992, pp. 2913 y ss.

que el modelo se estima fundamentalmente apto en orden a tutelar la vida dependiente²¹⁶.

No concurre en el modelo así entendido un derecho de intervención en los bienes ajenos como consecuencia del reconocimiento de un interés prevalente, ni tiene lugar una ponderación, bien naturalística o bien normativa, de intereses colisionantes, sino que lo decisivo radica en la verificación de que la mujer ha dispuesto de asesoramiento así como que el médico también ha tomado una decisión responsable en la valoración de los motivos del aborto²¹⁷.

Resulta así manifiesta la conexión de la teoría de ESER con el ámbito libre de valoración jurídica desarrollado por KAUFMANN, en cuanto, si bien en esta última concepción no se prescribe el seguimiento de procedimiento alguno, sí concurre la afirmación fundamental de atribuir a la mujer la decisión final del caso, sin emitirse un juicio de aprobación de su conducta²¹⁸.

También en los casos estudiados bajo el enfoque del ámbito libre del derecho nos hallamos ante situaciones de conflicto existenciales en los que se sustrae la conceptualización del comportamiento como permitido, en el sentido de una valoración positiva de la conducta²¹⁹. El camino hacia la decisión justa del

²¹⁶ ESER, A., *Das neue Schwangerschaftsabbruchsstrafrecht auf dem Prüfstand*, NJW, 1992, p. 2919.

²¹⁷ ESER, A., en ESER/KOCH, *Schwangerschaftsabbruch im internationalen Vergleich*, *ob. cit.*, p. 605.

²¹⁸ Evidencia dicha relación, HASSEMER, W., *Justificación procedimental en el Derecho penal*, pp. 26-29: “también el modelo de un “ámbito libre del derecho” declara la lesión de un bien jurídico protegido penalmente como no injusto y con ello construye una dinámica procesal: No se declara injusto la lesión de un bien jurídico, sin que deba comprobarse la existencia de un “mejor derecho” que permita la lesión en este caso concreto.”, *ob. cit.*, p. 29.

²¹⁹ KAUFMANN, Arthur, *Strafloser Schwangerschaftsabbruch: rechtswidrig, rechtmässig oder was?*, JZ, Octubre 1992, p. 984. Desarrollando su aplicación a

caso no viene determinado por una preeminencia axiológica evidente, por lo que subyace de igual modo una quiebra de los principios fundamentales de la justificación penal.

**B) Delimitación frente a supuestos de ausencia de imputación
objetiva (infracción del deber objetivo de cuidado)**

Frente al marco conceptual descrito, conviene no obstante poner de manifiesto que la claridad y precisión de los supuestos que cabe incardinar en la justificación procedimental se difumina cuando se incluyen en el mismo ámbito otros casos. En este punto debe hacerse referencia a aquellos supuestos mencionados por HASSEMER²²⁰, tales como la competencia privada (medidas de prolongación de la vida, ayuda para morir) o los agrupados bajo la rúbrica de “los casos de error privilegiado”, aludiendo en este sentido a las hipótesis, frecuentes en la práctica, de inevitabilidad de adoptar una decisión con un desconocimiento específico.

Ciertamente, nos hallamos en la justificación procedimental ante supuestos en los que no puede afirmarse una valoración positiva de la conducta realizada²²¹, sino tan sólo la verificación imparcial del procedimiento establecido.

Ahora bien, ¿en qué se diferencia el establecimiento de dichos requisitos de la infracción del deber objetivo de cuidado como

las situaciones de conflicto existencial, BOTT, H., *In dubio pro Straffreiheit? Untersuchungen zum Lebensnotstand*, C.F. Müller, 2011, pp. 124-131.

²²⁰ HASSEMER, W., *Rechtfertigung und Entschuldigung im Strafrecht. Thesen und Kommentare*, en ESER/FLETCHER, *Rechtfertigung und Entschuldigung. Rechtsvergleichende Perspektiven*, 7/1, Max Planck, Freiburg, 1987, p. 215; el mismo, en *Justificación procedimental en el derecho penal*, ob. cit., pp. 30-40.

²²¹ A este respecto, ESER, A., *Das neue Schwangerschaftsabbruchsstrafrecht auf dem Prüfstand*, NJW, 1992, p. 2925; KAUFMANN, Arthur, *Rechtsfreier Raum und Eigenverantwortliche Entscheidung*, FS für Maurach, pp. 341-343; WOLTER, J., *Verfassungsrechtliche Strafrechts-, Unrechts- und Strafausschlussgründe im Strafrechtssystem von Claus Roxin*, GA, 1996, p. 227.

elemento del tipo? ¿Cuál es la línea que separa en estos casos los escalones de la tipicidad y la antijuridicidad, en el seno de la estructura sistemática del hecho punible?

Se parte en la justificación procedimental de afirmar previamente la tipicidad de la conducta en cuanto se ha constatado ya la lesión del bien jurídico en cuestión. No obstante, no cabe generalizar en todos los supuestos de desconocimiento específico englobados bajo dicha justificación, al margen del tema del aborto, que la mera lesión del bien jurídico en el sentido naturalístico del término conlleve la afirmación de la tipicidad del comportamiento.

Deviene necesario junto a ello un ulterior cauce normativo, que es el que proporciona el instrumental de la teoría de la imputación objetiva, y es precisamente la referencia a la no creación del riesgo penalmente relevante, en cuanto observancia del cuidado debido en la situación concreta, lo que permitirá la exclusión de responsabilidad en ciertos casos, sin necesidad de pasar al ulterior escalón valorativo de la justificación.

Ello acontece cuando se incluyen en el ámbito de la justificación procedimental casos de desconocimiento inevitable ex ante, entre los que se incardina el error invencible sobre los presupuestos de una causa de justificación. No nos hallamos ante el plano de la justificación de la conducta típica en atención al contexto en que ésta tuvo lugar, sino que ya desde el plano de una configuración normativa faltan los presupuestos necesarios para afirmar la tipicidad de la conducta.

No procede, por tanto, a mi juicio, la identificación de la justificación procedimental con cualquier aplicación de las pautas determinantes de la infracción del deber objetivo de cuidado, sino

que la actuación del sujeto de acuerdo con el cuidado debido en virtud del criterio intersubjetivo del hombre medio desde una perspectiva *ex ante* debe incardinarse ya en la tipicidad y no en la antijuridicidad de la conducta²²².

Esto último debe resultar también aplicable a los partidarios de la teoría de los elementos negativos del tipo, en cuanto no obstante el establecimiento de un tipo total de injusto, se procede teleológicamente a discernir entre fundamentación y exclusión del injusto penal.

Conviene deslindar el ámbito de aplicación de la justificación mediante el procedimiento por un lado, y la infracción del deber objetivo de cuidado en el tipo por otro, por lo que dicho ámbito debe reducirse a los supuestos en que, aconteciendo una lesión del bien jurídico, tal resultado aparece como concreción del riesgo penalmente relevante creado por el comportamiento del sujeto.

Se incluyen, por consiguiente, tras este primer filtro, los supuestos de situaciones de necesidad o conflicto existenciales en los que resulta especialmente difícil establecer una preponderancia valorativa, como el aborto en determinados supuestos o los complejos supuestos técnicos derivados de la aplicación del Derecho penal al campo de la biomedicina, siempre que se establezca una vía para atribuir la decisión a terceros ajenos al poder estatal²²³.

²²² Por lo que no pertenecerían al ámbito de la justificación los casos de prognosis con observancia de la *lex artis* encuadrados por Hassemer en esta sede; así, en *Rechtfertigung und Entschuldigung im Strafrecht. Thesen und Kommentare*, pp. 214-216.

²²³ A la “colisión de derechos de difícil solución por la vía del estado de necesidad o alguna otra causa de justificación específica” se refieren MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M., PG, 9ª ed., 2015, p. 312, aludiendo a la solución legislativa consistente en establecer “una justificación por el procedimiento, cuya observancia legitima la intervención que de otro modo sería ilícita.” Ejemplo de

**C) Procedimentalización vs. Justificación
teleológica: Consideraciones críticas**

La delimitación efectuada y los antecedentes descritos ponen de relieve la ausencia, en el fondo, de novedad en el planteamiento que propone la así llamada legitimación a través del procedimiento (*Legitimation durch Verfahren*).

Por lo que respecta al cumplimiento de todas las precauciones observables desde la perspectiva *ex ante*, con el desconocimiento específico que ello conlleva, nos hallamos ante el clásico elemento de la infracción del deber objetivo de cuidado como requisito del injusto típico.

Pero es que, por otro lado, dicha estructura de delimitación del deber de cuidado es trasladada al ámbito de la justificación cuando se pretende legitimar mediante el procedimiento la colisión de bienes entendidos como no ponderables.

Se constituye así la justificación procedimental en ocasiones como la vía que sirve para concretar una relación de especialidad en conexión con la regla general justificante, cuando los criterios de valoración no aparecen nítidos conforme a dicha regla general²²⁴.

ello sería, al margen del tradicional ejemplo del aborto contenido en el artículo 417 bis del anterior Código penal, el artículo 156 párrafo segundo del Código penal, que en la redacción introducida por la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, preceptúa: “No será punible la esterilización acordada por órgano judicial en el caso de personas que de forma permanente no puedan prestar en modo alguno el consentimiento al que se refiere el párrafo anterior, siempre que se trate de supuestos excepcionales en los que se produzca grave conflicto de bienes jurídicos protegidos, a fin de salvaguardar el mayor interés del afectado, todo ello con arreglo a lo establecido en la legislación civil”. Nótese cómo se produce una remisión al procedimiento regulado en otro orden jurisdiccional, en este caso el civil.

²²⁴ Estableciendo la relación entre la llamada justificación procesal y la especialidad mencionada, MUÑOZ CONDE, F., “La esterilización de deficientes

El recurso al procedimiento en estos casos se conecta con la imposibilidad de mantener el principio de ponderación de intereses en su formulación clásica.

Ahora bien, ello se halla en conexión con una concepción meramente aritmética y cuantitativa de dicho principio, por lo que ante la concurrencia de situaciones de conflicto existencial, el principio decae dada la imposibilidad de ponderación. Es significativo a este respecto que los autores alemanes no se planteen ni siquiera la aplicación de la cláusula de adecuación del parágrafo 34.2 del StGB, como especialidad legal propia, que podría arrojar luz a la ponderación.

El efecto es coherente con el mantenimiento de concepciones que atribuyan a la justificación la emisión de un juicio de valoración positiva de la conducta, o que exijan para la producción del efecto justificante el establecimiento de un interés esencialmente preponderante, en concordancia con la regulación del primer párrafo del parágrafo 34 del StGB alemán.

Sin embargo, aquí se opera con criterios más propios de la fundamentación del injusto típico que de su exclusión. No se trata de una valoración *ex post* en torno a la justificación de la acción realizada con relación a un determinado contexto, sino que ya desde un principio el legislador establece claramente las condiciones procedimentales que determinarán la adecuación a derecho de la conducta.

psíquicos: comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional español de 14 de julio de 1994”, Revista de Derecho y genoma humano, 2 (1995), pp. 200 y ss. En la doctrina alemana resalta tal vinculación THIEL, S.M., Die Konkurrenz von Rechtfertigungsgründen, 2000, ob. cit., pp. 192, 213-214.

Dicha descripción exhaustiva previa y su pretensión de generalidad para todos los contextos englobados en su ámbito de aplicación, hablan más a mi juicio a favor de una delimitación normativa de la tipicidad o de una concreción de una regla general justificante, que de una categoría de justificación penal diferenciada²²⁵.

La autonomía de una categoría conceptuable como justificación a través del procedimiento deviene así rechazable, con reconducción de sus supuestos ya a la atipicidad, ya a la justificación fundamentada en el estado de necesidad.

La referencia esencial no debe venir constituida por el respeto del procedimiento, sino por la concurrencia de un injusto penal cualificado, merecedor y necesitado de pena, criterio teleológico que también concurre en los supuestos límite, ya que no se requiere dicha aprobación del comportamiento justificado sino la ausencia de un injusto así configurado en el contexto concreto.

²²⁵ Ello se aprecia claramente en la mencionada relación de especialidad frente al estado de necesidad u otras causas de justificación que presenta la determinación del procedimiento. Con apoyo en su sistema de causas de justificación, en el que se erige el estado de necesidad como ley general, respecto a las demás causas de justificación genéricas y específicas, MOLINA FERNÁNDEZ alude al hecho de que cuando hay pleno acuerdo en la prevalencia de los intereses en conflicto no es necesaria la promulgación de disposiciones especiales. La finalidad del efecto oclusivo de la ley especial en estos casos no es alterar la ponderación que resultaría de aplicar la ley general, sino precisamente delimitarla en los supuestos *discutibles* (cursiva en el original), MOLINA FERNÁNDEZ, F., *El estado de necesidad como ley general (Aproximación a un sistema de causas de justificación)*, en Revista de Derecho Penal y Criminología, UNED (2ª época), marzo 2000, n° extraordinario 1, pp. 199 y ss.; en concreto, en relación con la justificación del aborto apelando al estado de necesidad, pp. 252-259; manifestándose a favor de respetar los procedimientos establecidos en cuanto el supuesto de hecho reconducible al estado de necesidad se halle previsto en una norma especial, GUÉREZ TRICARICO, P., *Estudio comparado de la antijuridicidad en la Unión Europea. Algunas reflexiones previas a la construcción de un sistema de causas de justificación europeo*, en Derecho penal y política transnacional, Silvina Bacigalupo/Manuel Cancio Meliá (coords.), ed. Atelier, 2005, pp. 222-223.

Constituye por tanto otra subdivisión dogmática innecesaria la alusión en este ámbito, en conexión con la procedimentalización de HASSEMER, a la concurrencia de una causa constitucional procedimental de exclusión del injusto, (*verfassungs-rechtlichen (prozeduralen) Unrechtsausschliessungsgrund*) afirmada por WOLTER²²⁶ como complemento necesario para asegurar constitucionalmente el camino emprendido por HASSEMER.

La innecesariedad de tal distinción resulta patente en cuanto WOLTER justifica su virtualidad en el hecho de que en los supuestos de aborto del parágrafo 218 a I del StGB efectivamente concurre una causa de exclusión del injusto²²⁷, “pero el comportamiento no es aprobado desde el punto de vista ético-jurídico como en las clásicas causas de justificación²²⁸.”

Dicha aprobación sin embargo es ajena a la función propia de las causas de exclusión de la antijuridicidad, excediendo de su contenido en un Derecho penal propio de un Estado social y democrático de Derecho la emisión de una valoración ética positiva del comportamiento, en aras de la efectiva exclusión del injusto penal.

²²⁶ WOLTER, J., *Verfassungsrechtliche Strafrechts-, Unrechts- und Strafausschlussgründe im Strafrechtssystem von Claus Roxin*, ob. cit., pp. 227-228.

²²⁷ A solución contraria llega, también utilizando consideraciones constitucionales, LANGER, W., *Verfassungsvorgaben für Rechtsfertigungsgründe*, JR, Enero 1993, pp. 4 y ss. Así, niega LANGER que concorra en el parágrafo 218 a I StGB la estructura valorativa propia de la justificación, sin que le sea autorizado al legislador establecer permisos de lesionar la dignidad humana, considerando en todo caso que la vida del no nacido, como bien jurídico autónomo bajo la protección de la Constitución, goza de pretensión de protección del ordenamiento jurídico frente a cualquier potencial agresor, ob. cit., p. 10.

²²⁸ WOLTER, J., *Verfassungsrechtliche Strafrechts-, Unrechts- und Strafausschlussgründe im Strafrechtssystem von Claus Roxin*, ob. cit., p. 228. Tal circunstancia le lleva al autor a propugnar la revisión del texto de parágrafo 218 a) del StGB en el sentido de utilizar la expresión “El aborto rige como no antijurídico, cuando...”, en lugar de la más concluyente “El aborto no es antijurídico, cuando...”.

La justificación procedimental tiene la virtualidad de delimitar *ex ante* las pautas a seguir por el ciudadano en el contexto situacional justificante. Sin embargo, del análisis de sus presupuestos se infiere que ésta, o bien es subsumible en la infracción del deber objetivo de cuidado del tipo de injusto, o bien concreta procedimentalmente reglas superiores de justificación, que no vienen determinadas por una aprobación positiva de la conducta. Por tanto, tal construcción debe rechazarse al no ser necesarias ulteriores distinciones dogmáticas en orden a concretar los presupuestos de delimitación de un injusto merecedor y necesitado de pena.

III.- CLASIFICACIONES ANALÍTICAS DE LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN EN ATENCIÓN A SUS EFECTOS

1.- LA DISTINCIÓN ENTRE AUTORIZACIONES DE ACCIÓN Y AUTORIZACIONES DE INTERVENCIÓN

A) Supuestos abarcados

En el seno de una modelo diferenciador no teleológico pueden incardinarse igualmente las propuestas tendentes a distinguir, dentro siempre del ámbito de las causas de justificación, aquéllas que otorgarían una autorización de acción frente a las que llevan implícitas una autorización de intervención.

La distinción²²⁹ ha sido fundamentalmente desarrollada por LENCKNER, y parte de una constatación: no siempre se aprecia en

²²⁹ Plantea la problemática, pero sin apuntar una solución al respecto, GALLAS, W., *Zur Struktur des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs*, en FS für Bockelmann, 1979, p. 167, nota 32: "...debe dejarse abierta la cuestión, de si junto a las

todas las causas de exclusión de la antijuridicidad un efecto tradicionalmente vinculado a éstas, la concesión al autor de un derecho de intervención en bienes ajenos (*Eingriffsrecht*), con el correlativo deber de tolerancia de la víctima de la intervención (*Duldungspflicht*)²³⁰.

De esta forma, LENCKNER procede a discernir, dentro de las causas de justificación, las que califica como “simples autorizaciones de la acción” (*schlichte Handlungsbefugnis*), cuyo fundamento reside en que al afectado por la acción justificada, en estos casos, si bien no las facultades de legítima defensa (con la no vigencia del principio de proporcionalidad que ello conlleva), sí pueden concedérsele facultades de defensa en el marco del estado de necesidad.

No desaparece en el presente supuesto la protección del bien jurídico afectado, pero siempre que se actúe dentro de los límites del riesgo permitido se podrá reaccionar frente al peligro lesionando los bienes ajenos²³¹.

Se aprecia en esta teoría la necesidad de efectuar una diferenciación motivada fundamentalmente por la atribución a la

tradicionales causas de justificación, que vinculan la autorización de la acción y la autorización de la intervención, existen casos en los que la autorización de la acción no lleva incluida la autorización de la intervención, de tal modo que desaparece en efecto el desvalor de acción del hecho, pero permanece posiblemente un desvalor de resultado.” Por su parte, efectúa una aplicación de la teoría a la colisión entre el derecho de información reconocido constitucionalmente y el derecho al honor JAEN VALLEJO, M., Libertad de expresión y delitos contra el honor, 1992, pp. 251 y ss.

²³⁰ LENCKNER, T./STERNBERG-LIEBEN, D., en *S/S-StGB*, 29 ed., 2014, ante parágrafo 32, números 9, 10, 11 y 12. En relación con el examen conforme a deber desde una perspectiva *ex ante*, LENCKNER, T., en *Die Rechtfertigungsgründe und das Erfordernis Pflichtgemässer Prüfung*, en FS für H. Mayer zum 70 Geburtstag, 1966, pp. 178 y ss. No trató sin embargo la distinción en su conocida obra *Der rechtfertigende Notstand*, negando la posibilidad de estado de necesidad justificante frente a acciones realizadas en situación de estado de necesidad no prohibido, *Ibidem*, p. 25.

²³¹ LENCKNER, T./STERNBERG-LIEBEN, D., *Ibidem*, n. 11.

justificación penal de consecuencias tradicionalmente conectadas con ésta: valoración positiva de la conducta conforme a Derecho, imposibilidad de reacción frente a la conducta justificada o exclusión de consideraciones teleológicas referidas al fin de la pena en el ámbito de la antijuridicidad.

Los ejemplos que se encuadran en las llamadas simples autorizaciones de acción ponen este hecho de relieve: así, alude LENCKNER a las causas de justificación por riesgo permitido, entre las que se incluyen el consentimiento presunto y la salvaguarda de intereses legítimos del parágrafo 193 del StGB, en el delito de injurias, o la difamación no intencionada (parágrafo 186), así como los casos anteriormente analizados en relación con la justificación procedimental, de “error privilegiado del Estado”²³².

Por su parte, ROXIN²³³, sin proceder al establecimiento de tal división analítica, sí reconoce la existencia de causas de justificación que no conceden un derecho de intromisión, frente a la que considera regla general.

Serán los supuestos de causas de justificación que atienden a circunstancias inciertas o futuras, cuando alguien disponga de un conocimiento especial sobre la verdadera situación de hecho concurrente que haga decaer el fundamento de la acción justificada.

²³² LENCKNER, T./STERNBERG-LIEBEN, D. *S/S-StGB*, 29 ed. 2014, ante parágrafo 32, número 11; HAFT, *Strafrecht, AT*, 9ª ed., 2004, p. 70. Concreta un ejemplo en relación con la regulación española BACIGALUPO, E., *Principios de Derecho penal*, 5ª ed, 1998, p. 257: “X tiene decidido publicar una imputación que afecta el derecho a la intimidad y el honor de Y; éste le sustrae los documentos para salvaguardar su honor; esta última acción no estará cubierta por una legítima defensa, pero si- en opinión de estos autores- por un estado de necesidad, dado que el art. 20 CE sólo otorga una autorización de acción, pero no una derecho a lesionar bienes jurídicos ajenos.”

²³³ ROXIN, C., *Strafrecht, AT I*, 4ª ed. 2006, 14/104-109.

Alude así el autor al caso, planteado por JAKOBS²³⁴, de quien por casualidad tiene conocimiento de que los síntomas de una grave enfermedad en una persona que se ha desvanecido son sólo simulados, el cual puede impedir con moderada energía, sin traspasar los límites del estado de necesidad justificante, que se avise al servicio de urgencias, no incurriendo por ello en responsabilidad penal por coacciones.

Menciona igualmente ROXIN los casos de consentimiento presunto, en los supuestos en que alguien conozca la verdadera voluntad contraria del titular del bien jurídico²³⁵, incluyendo finalmente las hipótesis en que la conformidad a Derecho se deriva de la infracción del cuidado requerido en el tráfico por la conducta que puede ocasionar no obstante el desvalor de resultado²³⁶.

Frente a dichas autorizaciones de acción, las autorizaciones de intervención reflejan por el contrario la característica que se reseña dominante en las eximentes justificantes: imponer al afectado por la intervención el mencionado deber de tolerancia en sus bienes jurídicos de la acción justificada, como consecuencia del carácter de *actio duplex* inherente a las causas de justificación²³⁷.

²³⁴ JAKOBS, G., *Strafrecht, AT*, 2ª ed. 1991, 11/13.

²³⁵ Si bien indicado la excepcionalidad de dicha hipótesis, la cual normalmente deberá solucionarse aclarando primero el sujeto que conoce mejor la situación fáctica concurrente a la persona dispuesta a ayudar la situación, momento tras el cual no tendrá lugar la causa de justificación, por lo que sólo restarían los casos de aclaración de situación de necesidad putativa que se está agravando o en la que la explicación no resulta creíble, ROXIN, C., *ATI*, 4ª ed, 2006, 14/106.

²³⁶ *Ibidem*, 14/109.

²³⁷ Así, KÜPER, W., *Differenzierung zwischen Rechtfertigungs und Entschuldigungsgründen: Sachgerecht und notwendig? Überlegungen am Beispiel von "Notstand", "Pflichtenkollision" und "Handeln auf dienstliche Weisung"*, en ESER/FLETCHER, *Rechtfertigung und Entschuldigung. Rechtsvergleichende Perspektiven*, 7/1, Max Planck, Freiburg, 1987, p. 318. Fundamenta su análisis de las situaciones de necesidad individuales en dicho carácter de *actio duplex* de la acción justificada, con base en los principios de autonomía

B) Valoración crítica de una categoría intermedia conceptualizada como simples autorizaciones de la acción

La subdivisión dentro de las causas de justificación que pretende introducirse con las llamadas simples autorizaciones de la acción trae causa de los postulados de la concepción unitaria de la antijuridicidad. Ésta, al fijar entre sus presupuestos la aprobación jurídica de la conducta desde el punto de vista del conjunto del ordenamiento jurídico, con la eficacia preventiva ínsita a la misma de discernir con claridad el comportamiento prohibido y el conforme a Derecho, determinaba el establecimiento de un deber de tolerancia del afectado por la situación de necesidad.

La aprobación positiva del comportamiento no se cohonestaba sin embargo con la función propia de esta categoría dogmática, en la que debemos partir de la neutralización de un injusto previamente configurado con arreglo a criterios específicamente penales. Ello no significa abrazar otras subdivisiones, formuladas por su lado con arreglo a criterios teleológicos²³⁸, sino que la subsistencia de una posibilidad de defensa no debe impedir en todo caso la afirmación de una causa de justificación.

Éstas no se estructuran exclusivamente en torno al principio de solidaridad como presupuesto conceptual de una configuración social del Estado, sino que las finalidades garantísticas vinculadas

individual y solidaridad intersubjetiva, BALDÓ LAVILLA, F., *Estado de necesidad y legítima defensa*, 1994, ed. Bosch, Barcelona, 43 y ss. y *passim*.

²³⁸ Como la distinción entre causas propias e impropias de exclusión del injusto penal de GÜNTHER, el cual precisamente afirma que la categoría introducida por LENCKNER procede sustituyendo el criterio de la aprobación jurídica de un comportamiento como presupuesto de la exclusión del injusto penal por el de la ausencia de desaprobación jurídico-penal, así, en GÜNTHER, H.L., *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschliessungsgründe*, *ob. cit.*, pp. 269-270.

al merecimiento y necesidad de la pena de la conducta pueden determinar casos en los que ante la disminución del grado del injusto proceda la exclusión de la antijuridicidad penal, sin eliminación de las posibilidades de reacción de la persona afectada²³⁹.

El principio de solidaridad es uno más entre los elementos a incluir en la ponderación vinculada al merecimiento y necesidad de la pena, una referencia axiológica adicional, pero no la única determinante de la solución justificante o no en el contexto concreto²⁴⁰.

Se aprecia asimismo, al igual que sucedía en los casos de justificación procedimental, que con las autorizaciones de la acción se incluyen casos en los que en realidad no procede ya afirmar la tipicidad de la conducta. Así resulta del comportamiento que no infringe el cuidado requerido por el tráfico aludido por ROXIN, o en los casos de riesgo permitido indicados por LENCKNER, en los que una concepción normativa del tipo permite ya la exención de pena en la fundamentación del injusto y no a través de una causa de justificación de limitados efectos.

²³⁹ Negándose en todo caso la posibilidad de legítima defensa en los términos amplios en que aparece configurada tanto en el parágrafo 32 del StGB como en el artículo 20.4 del Código penal. Como excepción, GÜNTHER, H.L., el cual admite expresamente y como criterio distintivo frente a otras teorías al respecto que critican los postulados tradicionales de la justificación, la posibilidad de legítima defensa frente a acciones amparadas en una causa propia de exclusión del injusto penal. Así, GÜNTHER, H.L., *ob. cit.*, pp. 380-385.

²⁴⁰ Como señala PERRON, W., *Rechtfertigung und Entschuldigung im deutschen und spanischen Recht, Ein Strukturvergleich strafrechtlicher Zurechnungssysteme*, 1ª ed., Baden-Baden: Nomos Verl.-Ges, 1988, p. 87: “En la mayoría de los casos no le quedan apenas a la víctima con base en el entramado de normas prohibitivas y permisivas posibilidades jurídicamente permitidas de reacción defensiva. Pero cuando una causa de justificación no requiere el interés preponderante del autor, puede excluirse este efecto reflejo. La víctima puede entonces posiblemente apelar a la misma causa de justificación, de tal manera que se origina una situación en la que al autor y a la víctima les está permitido en la misma medida proceder típicamente el uno contra el otro.”

Resulta a este respecto ilustrativo que el derecho de intervención concurra también en supuestos de exclusión de la tipicidad, poniendo de manifiesto que no nos hallamos ante un elemento exclusivo y definidor de las causas de justificación²⁴¹.

La división efectuada encuentra su fundamento por tanto en un efecto cuya vinculación necesaria a la esencia de las causas de justificación es puesto en tela de juicio, y que en todo caso constituye un efecto reflejo, pero no un fundamento valorativo con entidad autónoma para dar lugar a una nueva categoría de causas de justificación.

Aquella distinción de efectos ha sido también afirmada por otros autores, entre los que destaca GIMBERNAT en el seno de los partidarios de la teoría de la unidad del estado de necesidad, sin necesidad de proceder a establecer ulteriores categorías.

La diferenciación efectuada por GIMBERNAT entre las causas de justificación que merecen una valoración positiva por el ordenamiento jurídico, dentro de las que se incluye la legítima defensa o la ejecución de una pena privativa de libertad, y causas de justificación que no reciben dicha valoración positiva y que por tanto resultan en este sentido indiferentes²⁴², es buen reflejo de ello.

²⁴¹ Aludiendo a este aspecto, PERRON, W., *Ibidem*, pp. 86-87.

²⁴² GIMBERNAT, E., *El estado de necesidad: un problema de antijuridicidad*, en Estudios de Derecho Penal, 3ª ed., 1990, pp. 227-228; el mismo, en *Prólogo a La colisión de deberes en derecho penal*, ed. Tecnos, 1984, pp. 18-20. La distinción es aceptada por LUZÓN PEÑA, D.M., *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, ed. Bosch, Barcelona, 1978, pp. 115-116, 243, 246 y 250-251; el mismo, en *Causas de atipicidad y causas de justificación*, Causas de Justificación y de atipicidad en Derecho penal, LUZÓN PEÑA/MIR PUIG (coords.), ed. Aranzadi, 1995, pp. 33-34, si bien vinculado la posibilidad de defensa a las causas de justificación que excluyen el desvalor de resultado.

Frente a estas últimas será posible reaccionar en estado de necesidad defensivo, no así frente a aquéllas que han recibido una valoración positiva previa por el ordenamiento.

Tales distinciones ponen de manifiesto que, si bien es procedente establecer una diferenciación en cuanto a los efectos propios de las causas de justificación, no nos hallamos sin embargo ante una característica esencial identificadora de las mismas que justifique la introducción de una nueva categoría sistemática.

La categoría de simples autorizaciones de la acción viene por tanto a reflejar que la tolerancia frente a la acción justificada no podrá ser en todo caso afirmada, pero no es consecuente introducir escalones dentro de la antijuridicidad o la culpabilidad únicamente en relación a los efectos producidos, cuando la fundamentación de las causas de justificación con consideración a los fines de la pena permite abarcar casos en los que la conducta en concreto no es merecedora ni necesitada de pena, pero cabe reaccionar frente a ella dentro de los parámetros estrictos del principio de proporcionalidad.

2.- LA ESTRUCTURA DE LA JUSTIFICACIÓN EN CORRELACIÓN CON LOS ELEMENTOS CONFIGURADORES DEL INJUSTO

A) Causas de justificación del resultado y causas de justificación de la acción

a') Ámbito de aplicación

En conexión con la negación a las eximentes justificantes de un juicio de aprobación o valoración positiva de la conducta, debe

mencionarse igualmente la clasificación efectuada en nuestra doctrina por LUZÓN PEÑA, entre causas de justificación que excluyen el desvalor del resultado y aquellas otras que excluyen sólo el desvalor de acción²⁴³.

El parentesco con las simples autorizaciones de la acción de LENCKNER o con la distinción entre valoración positiva e indiferencia de GIMBERNAT resulta claro, en aras a reconocer facultades de defensa frente a la acción justificada, si bien los supuestos incluidos no son plenamente coincidentes²⁴⁴.

La diferenciación se realiza con base en el siguiente criterio: en las causas de justificación del resultado, el bien jurídico deja de estar protegido en el caso concreto frente a la lesión o puesta en peligro, pudiendo producirse incluso un resultado valorado positivamente u obligatorio, excluyéndose por tanto el desvalor del resultado o el desvalor del hecho o de la situación en los delitos de mera conducta.

²⁴³ Así, ya en *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, ed. Bosch, 1978, pp. 121-126, aclarando en dicha obra que la utilización de los términos “desvalor de la acción” y “desvalor de resultado”, tras el traslado del dolo y la culpa al tipo como consecuencia de las aportaciones del finalismo, no implican la aceptación de un concepto final de acción. Hoy en día, como es sabido, tal precisión no deviene necesaria habida cuenta de la aceptación general de la terminología sin asunción de las premisas finalistas, si bien el autor, posteriormente, utiliza de forma conjunta ambos términos en el encabezado del epígrafe que trata el tema, en “*Actio illicita in causa*” y *provocación en las causas de justificación*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1994, p. 70; o bien, en *Causas de atipicidad y causas de justificación*, *ob. cit.*, p. 33, emplea la terminología causas de justificación del resultado y causas de justificación (sólo) de la acción.

²⁴⁴ El propio LUZÓN se encarga de delimitar su clasificación de la efectuada por GIMBERNAT, manifestando que la correspondencia entre éstas no tiene necesariamente que existir (si bien sí concurre ésta en la legítima defensa, en la que convergen ausencia de desvalor de resultado y valoración positiva de la conducta), citando como ejemplo de discrepancia el funcionario de policía que detiene a la persona que en atención a las circunstancias parecía el responsable pero después se descubre que es inocente: según LUZÓN concurre desvalor de resultado y, sin embargo, la conducta del policía no sólo no está prohibida, sino que efectivamente recibe una valoración positiva por el ordenamiento, imponiéndose como deber, así, *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, *ob. cit.*, p. 126.

Frente a ello, en las causas de justificación de la acción, a pesar de la subsistencia de un desvalor de resultado, se indica que la conducta no es jurídicamente desaprobada dada la ausencia de desvalor de acción. Ello se produce bien porque falta la parte subjetiva del tipo (dolo o imprudencia), bien por ausencia del desvalor objetivo de la acción²⁴⁵.

Entre las causas de justificación del resultado se incluyen: la legítima defensa, el consentimiento válido, la mayoría de los supuestos de cumplimiento del deber o ejercicio del derecho, oficio o cargo con comprobación *ex post* de la efectiva presencia de sus presupuestos y la obediencia debida a órdenes conforme a Derecho.

Por su lado, entre las causas de exclusión del desvalor subjetivo de la acción se hallarían el caso fortuito en general con observancia de la diligencia objetivamente debida, supuestos de error objetivamente invencible sobre el tipo o sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación o bien casos específicos de causas de justificación putativas equiparados a la concurrencia real de los presupuestos de tales causas (creencia racionalmente fundada *ex ante* en la necesidad del medio de la legítima defensa del artículo 20.4 del Código penal, veracidad de la información para el ejercicio del derecho de libertad de información o la presencia de los presupuestos básicos del derecho o deber de detención).

²⁴⁵ LUZÓN PEÑA, D.M., *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, ob. cit., pp. 121-126; 249-262; *Indicaciones y causas de justificación en el aborto*, CPC, 1988, pp. 648 y ss.; *El error sobre las causas de justificación: algunas precisiones*, EPen, 1991, pp. 78 y ss.; 125 y ss.; 142 y ss.; 155 y ss.; 185 y ss.; 348 y ss.; “*Actio illicita in causa*” y provocación en las causas de justificación, ob. cit., p.71; *Causas de atipicidad y causas de justificación*, ob. cit., pp. 33; *Derecho Penal, Parte General*, I, pp. 575-576.

Por su parte, las causas de exclusión del desvalor objetivo de la acción abarcan los casos de estado de necesidad por conflicto entre bienes iguales o desiguales, también en las variantes constituidas por la colisión de deberes y el estado de necesidad defensivo, las hipótesis de riesgo permitido, la obediencia debida a órdenes antijurídicas obligatorias y, finalmente, causas de justificación supralegales como la adecuación social cuando además de la exclusión del tipo resulte jurídicamente admisible o la llamada inexigibilidad jurídica general.

La virtualidad de la distinción se aprecia en las diversas consecuencias que se atribuyen a unas u otras causas: en las causas que excluyen el desvalor de acción puede reaccionarse en estado de necesidad defensivo frente a la fuente de peligro no constituida por una agresión ilegítima²⁴⁶. Por el contrario, dicho efecto no cabe en las causas de justificación del resultado, ya no que no concurre un mal en sentido normativo²⁴⁷.

Asimismo, en las causas de justificación de la acción cabe aplicar la construcción de la *actio illicita in causa*, respondiéndose de la causación dolosa o imprudente de un desvalor de resultado si el sujeto activo ha provocado dolosa o imprudentemente la situación, e igualmente se responde en autoría mediata por quien utiliza un

²⁴⁶ A favor igualmente del reconocimiento de un estado de necesidad del afectado contra el estado de necesidad del autor en caso de equivalencia de bienes en conflicto, CUERDA RIEZU, A., *La colisión de deberes en derecho penal*, ed. tecnos, 1984, pp. 308-318, el cual critica la vinculación a las causas de justificación con el otorgamiento de un derecho subjetivo. Por el contrario, la función de las causas de justificación consistiría en limitar o excepcionar la materia de prohibición, pero no en la de crear derechos subjetivos, no siendo compatible esta misión con la estructura de la colisión de bienes ni con la colisión de deberes, al tiempo que la privatización de la relaciones jurídicas no se cohonestaría con la naturaleza pública del Derecho penal.

²⁴⁷ LUZÓN PEÑA, D.M., *Causas de atipicidad y causas de justificación*, ob. cit., pp. 36-37; *Derecho penal, Parte General*, I, pp. 578-579.

instrumento que obra lícitamente²⁴⁸, efectos que no tienen lugar en las causas de justificación del resultado²⁴⁹.

b') Valoración crítica

De la enumeración de las causas de justificación de acción y resultado efectuada, podemos inferir en primer término la inclusión de supuestos que son encuadrables ya en la atipicidad de la conducta. Así sucede con la ausencia del desvalor subjetivo de acción por no concurrencia de dolo o imprudencia, con la mención que efectúa el autor de la actuación conforme al deber objetivo de cuidado.

De este modo, LUZÓN manifiesta que se amplía sensiblemente el número de causas de justificación, atrayendo a dicho ámbito otras tradicionalmente conectadas a diversa categorías delictivas, como las causas de inculpabilidad²⁵⁰. Sin embargo, tras la consolidación en la doctrina mayoritaria de la inclusión del dolo y la imprudencia en la tipicidad como parte subjetiva del tipo, con carácter general, no procede equiparar la estructura del caso fortuito a la propia de las causas de justificación.

²⁴⁸ El autor cita los siguientes ejemplos: “Así, quien, aportando pruebas o testimonios falsos, consigue una resolución judicial amparada por cumplimiento del deber (dictada conforme al deber de examen) pero que produce un resultado objetivamente injusto de privación de libertad o de derechos patrimoniales ajenos, es autor mediato de detenciones ilegales o estafa procesal; o el superior que dicta una orden antijurídica pero obligatoria es autor mediato del hecho típico que cometa el subordinado amparado por obediencia debida; o el que, provocando un peligro para la vida de personas, obliga a otro a causar daños en cosas (un “mal”) amparado en estado de necesidad para salvar esas vidas, es autor mediato de los daños, dolosos o imprudentes según el ánimo que guiara al provocador.”, *Causas de atipicidad y causas de justificación*, ob. cit., p. 37.

²⁴⁹ LUZÓN PEÑA, D. M., “*Actio illicita in causa*” y provocación en las causas de justificación, ob. cit., pp. 70-79.

²⁵⁰ LUZÓN PEÑA, D.M., *Causas de atipicidad y causas de justificación*, ob. cit., p. 34.

Otro tanto ocurre con la referencia a la adecuación social o el riesgo permitido, en donde puede apreciarse la confusión de los planos de fundamentación y exclusión del injusto. Dicho filtro normativo puede tener lugar en un escalón previo en la sistemática del delito, mediante el criterio de la creación de un riesgo penalmente relevante como primer escalón de la teoría de la imputación objetiva, siendo consecuencia lógica que como causa de atipicidad no excluya la posibilidad de defensa.

De esta manera se soslaya asimismo la necesidad de introducir dichas causas de justificación por la vía del recurso a principios jurídicos generales o a la analogía *in bonam partem*, como hace LUZÓN, con las dificultades de armonización con el artículo 4. 3 de nuestro Código penal que ello entraña²⁵¹.

Debe observarse igualmente la dificultad de aplicación con carácter general del estado de necesidad defensivo a todas las causas de justificación de la acción, en especial en los casos de cumplimiento del deber, supuestos caracterizados como dudosos por el propio autor²⁵², en los que subyacen posibilidades institucionalizadas de rectificación, como la detención practicada por los funcionarios policiales tras cumplir el deber de examen. ¿Cabe en estos supuestos estado de necesidad defensivo frente a la detención efectuada conforme a deber?

²⁵¹ Artículo 4.3 del Código penal: “Del mismo modo acudirá (el Juez o Tribunal) al Gobierno exponiendo lo conveniente sobre la derogación o modificación del precepto o la concesión de indulto, sin perjuicio de ejecutar desde luego la sentencia, cuando de la rigurosa aplicación de las disposiciones de la Ley resulte penada una acción u omisión que, a juicio del Juez o Tribunal, no debiera serlo, o cuando la pena sea notablemente excesiva, atendidos el mal causado por la infracción y las circunstancias personales del reo.” Crítico al respecto, CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal español II, Teoría Jurídica del delito (I)*, 6ª ed., 1998, pp. 173-174; 180.

²⁵² *Ibidem*, p. 36.

Parece preferible reconocer que, cuando el ordenamiento jurídico ha establecido un procedimiento especial articulado para defenderse de acciones consideradas injustas, dicha regulación especial debe prevalecer con efecto oclusivo sobre un estado de necesidad defensivo como regulación general.

En el supuesto concreto de la detención, dispone el sujeto de los medios que le proporciona el procedimiento de habeas corpus regulado en la Ley orgánica 6/1984, de 24 de mayo²⁵³, así como de la facultad de interponer los recursos legalmente previstos contra la denegación del mismo²⁵⁴. Dicho sentido garantista se acentúa con la jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo limitando la posibilidad de inadmisión a trámite, constituyéndose la audiencia del detenido en regla general²⁵⁵.

²⁵³ En virtud de la legitimación para instar el procedimiento conferida en el artículo 3 de la meritada Ley.

²⁵⁴ En relación con la legislación alemana, menciona ROXIN las posibilidades de que dispone la persona afectada a través del recurso de queja contra el arresto y el procedimiento de revisión del arresto, negando la posibilidad de defensa contra la detención al margen de tales medios legales. Exceptúa el autor el supuesto de que el mejor conocimiento del afectado en cuanto a la ilegalidad de la detención sólo se pudiera hacer valer por medio de la querella, como cuando se trata de la víctima inocente de una difamación no a sabiendas del parágrafo 186 del StGB, ROXIN, C., *AT I*, 4ª ed., 2006, 14/107.

²⁵⁵ Así, en este sentido, en aplicación de una consolidada doctrina que ha sido recogida en las SSTC 94/2003, de 19 de mayo, y 23/2004, de 23 de febrero, la STS 122/2004, de 12 de julio establece que “la inadmisión liminar de un procedimiento de habeas corpus basada en la legalidad de la situación de privación de libertad supone, en sí misma, una vulneración del art. 17.4 CE al implicar una resolución sobre el fondo que sólo puede realizarse una vez sustanciado el procedimiento. Los únicos motivos legítimos para inadmitir un procedimiento de habeas corpus serán los basados, bien en la falta del presupuesto mismo de la situación de privación de libertad, bien en la no concurrencia de sus requisitos formales”, concluyendo que “el órgano judicial, al denegar la incoación del procedimiento de habeas corpus con base en consideraciones sobre la legalidad de la situación de privación de libertad de las demandantes de amparo, ha desconocido la garantía específica del art. 17.4 CE, al anticipar el examen de fondo en el trámite de admisión, impidiendo así que las ahora recurrentes en amparo comparecieran ante el Juez e imposibilitando que formularan alegaciones y que propusieran los medios de prueba pertinentes para acreditarlas. En definitiva, el órgano judicial no ejerció de forma eficaz su función de control de la privación de libertad, de acuerdo con la naturaleza y función constitucional del procedimiento de habeas corpus.”

El carácter nominalista de la división, cuyo sustrato material de fondo es el reconocimiento de la posibilidad de defensa del afectado (no se discuten los tradicionales efectos en materia de error y participación, comunes a ambas como causas de justificación), lo podemos ver igualmente en la inclusión del estado de necesidad, tanto por conflicto entre bienes iguales como desiguales, en las eximentes justificantes de la acción.

Se echa en falta una mayor diferenciación entre las situaciones de necesidad que podrían concurrir, especialmente por lo que concierne a los estados de necesidad agresivo y defensivo, verdadera referencia sistemática en este campo. Resulta así discutible la admisión del estado de necesidad defensivo en los casos en que el interés salvado prepondera esencialmente sobre el lesionado.

No parece admisible la equiparación de efectos que se produciría entre el estado de necesidad por conflicto entre bienes iguales con aquellos casos en que se produce la salvaguarda de bienes relevantemente mayores (o menores, en el caso de aceptarse la exención)²⁵⁶.

B) Justificación intrasistemática-Justificación extrasistemática

El estudio de la función de las causas de justificación, con reconocimiento de una pluralidad de finalidades que originarían a su vez diversas clasificaciones dentro de éstas, es también llevado

²⁵⁶ Distinguiendo con exhaustividad las diferentes situaciones de necesidad que pueden concurrir, bajo una fundamentación consecuencialista utilitarista, SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Sobre las actuaciones en una "situación de necesidad" que no implican deberes de tolerancia*, Cuestiones actuales de la teoría del delito, LUZÓN/MIR PUIG (coords.), 1999, pp. 156 y ss. Sobre ello, vid. capítulo III.

a cabo por HRUSCHKA, al proceder a distinguir entre las llamadas causas de justificación intrasistemáticas, que formulan una excepción a una o varias reglas del comportamiento del sistema al que pertenecen, teniendo su ubicación lógica dentro del sistema, y causas de justificación extrasistemáticas, las cuales formulan una excepción al principio general de que las reglas del comportamiento de un determinado sistema deben ser cumplidas²⁵⁷.

Por tanto, estas últimas causas gozan de su propia entidad y autonomía. “Justificación” significa en estos casos que no concurre una infracción del deber de obediencia de la norma como si éste no existiera en absoluto²⁵⁸. Señala el autor que la dogmática penal trata normalmente a todas las causas de justificación como intrasistemáticas, con aplicación de la técnica de la regla-excepción, procediendo a atribuirles el mismo efecto que a la ausencia de tipicidad penal y por consiguiente con una vinculación al ámbito estrictamente punitivo²⁵⁹.

Aquí radica el paralelismo con las construcciones expuestas en el presente capítulo, en tanto en cuanto las causas de justificación extrasistemáticas se sitúan en un “metaplano” fuera del sistema penal, equiparadas a la no existencia de un deber de obediencia de la norma. La consecuencia es que estas causas conllevan una aprobación jurídica del comportamiento en sentido general, frente a la limitación a los efectos penales de las intrasistemáticas.

²⁵⁷ HRUSCHKA, J., *Extrasystematische Rechtfertigungsgründe*, FS für Dreher, 1977, pp. 189 y ss.

²⁵⁸ *Ibidem*, p. 190.

²⁵⁹ Resaltando esta circunstancia, y citándola como ejemplo de solución diferenciada frente a la dogmática predominante de la justificación penal, GÜNTHER, H.L., *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss*, *ob. cit.*, pp. 277-278.

En el seno del plano extrasistemático, distingue HRUSCHKA dos grupos de condiciones del deber de obediencia a la norma: las condiciones necesarias y suficientes para la aceptación de que existe el deber de obediencia al sistema de reglas, en el que se plantean las condiciones mínimas que deben concurrir y, por otro lado, la cuestión de bajo qué condiciones podemos hablar ya de la existencia de tal deber²⁶⁰.

A esta último grupo pertenecen los supuestos de colisión de deberes, que, en el caso de equivalencia, deben resolverse mediante la introducción de una regla subsidiaria de colisión: “El obligado tiene que cumplir las normas colisionantes de comportamiento, pero puede elegir cualquiera de ellas²⁶¹”.

Al primer grupo pertenecen fundamentalmente las causas de justificación que el autor engloba bajo las máximas clásicas *volenti non fit iniuria* (consentimiento y consentimiento presunto) y *vim vi repellere licet* (legítima defensa y estado de necesidad defensivo), estableciéndose entre ellas una relación de coordinación y complementariedad, consistente en ampliar las facultades de intromisión del consentimiento a los casos del consentimiento presunto y las facultades de defensa al estado de necesidad defensivo²⁶².

Destaca en este sentido la ubicación fuera del sistema de causas tradicionalmente vinculadas a la tipicidad, como el consentimiento real y presunto, respecto de las cuales la clásica distinción de GEERDS entre asentimiento (*Einverständnis*) y consentimiento (*Einwilligung*) dependería de una diferencia en la técnica de

²⁶⁰ HRUSCHKA, J., *Extrasystematische Rechtfertigungsgründe*, p. 196.

²⁶¹ *Ibidem*, p. 195.

²⁶² *Ibidem*, pp. 204-205.

formulación de tales causas²⁶³, así como la necesidad de otorgar al estado de necesidad defensivo el carácter de regla general, más allá de su vinculación al parágrafo 228 del BGB²⁶⁴.

No obstante, las consideraciones de HRUSCKA no pueden conceptuarse como un modelo de justificación específicamente penal elaborado sobre la base de las causas de justificación intrasistemáticas y un modelo de justificación general constituido por las extrasistemáticas. El hecho de que estas últimas afirmen la inexistencia del deber de obediencia a la norma no implica tal distinción, sino que pone de manifiesto en el juicio de antijuridicidad la toma en consideración de intereses en un contexto más amplio, ajeno a una mera excepción de los descritos en las normas de comportamiento.

La inexistencia de tal matiz se ve relevada en escritos posteriores del propio HRUSCHKA, cuando procede a efectuar la división, dentro de las reglas de comportamiento, de la función de éstas en la prospectiva como mandatos o prohibiciones que se dirigen al sujeto sometido a la norma indicándole lo que debe hacer o dejar de hacer o, por lo que aquí interesa, como reglas permisivas que se dirigen a dicho sujeto indicándole lo que está permitido (ejemplo: “en una situación de legítima defensa, te está permitido matar al agresor, si ello es necesario para rechazar la agresión”), y, por otro

²⁶³ *Ibidem*, pp. 191-192, nota 3.

²⁶⁴ Analizando la diversidad estructural que suponen ambas, en *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode, Systematisch entwickelte Fälle mit Lösungen zum Allgemeinen Teil*, 2ª ed., 1988, pp. 100-143. Así, p. 143: “Un sistema de Derecho penal, que permite fundamentaciones discursivas, no puede dejar de lado a la larga la diferencia entre legítima defensa y estado de necesidad general defensivo, y debe reconocer una facultad de estado de necesidad defensivo más allá del parágrafo 228 del BGB.” Igualmente pone de relieve Hruschka la insuficiencia de la regulación del parágrafo 34 del StGB a este respecto, en cuanto exige la existencia de una interés esencialmente preponderante, lo cual no se compatibiliza con el hecho de que en el estado de necesidad defensivo, por el contrario, se intervenga, en orden a la evitación del peligro, precisamente en la esfera de aquél de donde éste proviene, *ob. cit.*, p. 81.

lado, en la retrospectiva, como baremo de medición, en el que ya no son mandatos, prohibiciones o reglas permisivas en sentido originario, sino tipos delictivos o de justificación que llevan ínsita una valoración de la que resultará la antijuridicidad o no de la conducta (ejemplo: “No actúa antijurídicamente en la legítima defensa quien mata al agresor, en el caso de que ello sea necesario para rechazar la agresión.”²⁶⁵).

Así, el autor concibe sin embargo ambas funciones como un conjunto, afirmando que “Son como dos caras de una misma moneda; sin duda distintas, y, a pesar de ello, una unidad.”²⁶⁶

En dicho proceder no hallamos la diferenciación propia de las teorías teleológicas entre diversas causas de justificación, sino la concreción de una concepción unitaria en cuanto coordina la valoración penal del hecho con la apertura a consideraciones contextuales en atención al conjunto del ordenamiento jurídico.

De esta forma, la aprobación de la conducta efectuada en el seno de las causas de justificación extrasistemáticas no implica un modelo diferenciador, sino la sustitución del modelo esquema tipicidad/antijuridicidad (ya se entienda la relación en sentido indiciario o como tipo total de injusto) por el constituido por aquella estructura delictiva tripartita que acoge HRUSCHKA

²⁶⁵ HRUSCHKA, J., *Reglas de comportamiento y reglas de imputación*, en Causas de justificación y de atipicidad en Derecho penal, LUZÓN PEÑA/MIR PUIG (coords.), ed. Aranzadi, 1995, pp. 172 y ss. El autor procede a manifestar su preferencia por una estructura tripartita del delito que sustituya al esquema postclásico de tipicidad/antijuridicidad/culpabilidad por otro constituido por: 1) La imputación en el primer nivel de imputación por la que son imputados el hecho y las circunstancias del hecho que son relevantes para emitir eventualmente el juicio de antijuridicidad 2) el propio juicio de antijuridicidad, si y en la medida en que resulte de la aplicación de las reglas de comportamiento en su función de baremo de medición 3) La imputación en el segundo nivel de imputación por la que se imputa el hecho antijurídico a la culpabilidad.

²⁶⁶ HRUSCHKA, J., *Reglas de comportamiento y reglas de imputación*, p. 173.

mediante la diferenciación entre las reglas de comportamiento y las reglas de imputación en dos niveles.

Este esquema no implicará, sin embargo, desde un punto de vista teleológico, un cambio sustancial respecto al concepto tradicional unitario de antijuridicidad, reflejando por tanto también el dualismo norma de determinación-norma de valoración, ahora sustituido por regla de comportamiento en su función en la prospectiva/regla de comportamiento en su función de baremo de medición.

C) Justificación supraindividual-Justificación por persecución de un fin individual

La función de las diversas causas de justificación también se ha erigido en fundamento para la clasificación de las mismas en supraindividuales e individuales, en atención a la finalidad perseguida.

La concepción se basa en el entendimiento de que la base de todas las causas de justificación se halla en la prevalencia de la exigencia de respeto de un bien frente a la del bien jurídico lesionado²⁶⁷. Con rechazo de la teoría de la compensación del injusto propia del finalismo, y partiendo frente a éste de un fundamentación material, se distingue entre justificación en virtud de una finalidad

²⁶⁷ Como es sabido, éste es el sentido que le otorga SCHMIDHÄUSER, E., *Strafrecht, AT, Studienbuch*, 2ª ed., J.C.B. Mohr, Tübinga, 1984, pp. 134-135. Desarrolla dicho fundamento su discípulo RÖTTGER, W., *Unrechtsbegründung und Unrechtsausschluss nach den finalitischen Straftatlehren und nach einer materialen Konzeption*, Berlin: Duncker und Humblot, 1993, pp. 244 y ss; p. 274 y ss, el cual habla de “prevalencia de la consideración del bien jurídico sobre la lesión del bien jurídico”, extrayendo de dicho concepto los presupuestos de las causas de justificación.

supraindividual y justificación en virtud de la persecución de un fin individual²⁶⁸.

El fundamento de las primeras se halla en que son introducidas en la práctica social o estatal y aceptadas por el ordenamiento jurídico como valoradas positivamente, sin consideración a los fines perseguidos por el autor. Se mencionan al respecto la acción de los órganos estatales en el ejercicio legítimo del cargo y el comportamiento socialmente adecuado del cual constituiría un subcaso la causa de justificación del riesgo permitido.

Frente a ésta, la justificación en virtud de la persecución de un fin individual parte de las acciones que, no incardinadas aún en el marco de la vida social, precisan de una consideración del bien realizada a través de la acción que relativize la lesión del bien jurídico y prevalezca en la situación concreta, entre las que se incluyen la legítima defensa y el estado de necesidad.

La primera requiere así que el autor actúe porque ha sido agredido y el estado de necesidad justificante exige que el autor reaccione frente al peligro²⁶⁹. No se precisa en la legítima defensa que se actúe con una intención específica de defender la paz jurídica o de autoafirmación del ordenamiento jurídico, sino que lo decisivo será que la agresión sea el motivo de la acción del sujeto, radicando en dicho elemento la fundamentación subjetiva exigida.

²⁶⁸ SCHMIDHÄUSER, E., *Strafrecht, AT*, pp. 134 y ss.; RÖTTGER, W., *Unrechtsbegründung und Unrechtsausschluss*, pp. 280-290.

²⁶⁹ Se refiere a dicha fundamentación subjetiva, RÖTTGER, W., *ob. cit.*, p. 281.

A su vez, en el estado de necesidad no se exige un fin de evitación del peligro, una voluntad de salvación del bien prevalente, sino sólo una intención de reaccionar frente a la esfera de peligro²⁷⁰.

Como puede comprobarse, la diferenciación se basa en un rechazo de la concepción subjetiva del injusto del finalismo, y en especial, de que los elementos determinantes de la exclusión del injusto deban corresponderse en sentido opuesto a los elementos fundadores del injusto, sino que en las causas supraindividuales se prescinde de la intención del sujeto.

Nos hallamos de nuevo ante la incorrección de estructurar la infracción del deber objetivo de cuidado como causa de justificación, siendo significativo que se alude a la práctica social general o a los riesgos propios del tráfico automovilístico²⁷¹.

También se aprecia en dicha concepción material una excesiva vinculación al distanciamiento efectuado frente al finalismo, no justificándose la distinción abordada meramente por la diversa conformación que se efectúa del elemento subjetivo de justificación en los términos expuestos, en consonancia con una configuración material del injusto²⁷² que se aleja de la teoría monista-subjetiva defendida por ZIELINSKI.

²⁷⁰ RÖTTGER, W., *ob. cit.*, p. 286: “La finalidad reactiva es suficiente, pero también necesaria, para que la acción que lesiona el bien jurídico y adecuada objetivamente para la salvación pueda ser concebida en conexión con la consideración del bien jurídico y por ello introducida en orden de la vida social.”

²⁷¹ RÖTTGER, W., *ob. cit.*, pp. 213 y ss.; 281-284.

²⁷² Lo cual no implica el dejar de lado en dicha configuración objetiva la concurrencia de subjetivización alguna, que se manifiesta en la separación, realizada por RÖTTGER, entre actuar con una finalidad y la finalidad o la decisión de actuar (desvalor de la intención y desvalor intencional del peligro), *ob. cit.*, pp. 292-293.

Este último autor sí desarrollará, en cambio, un modelo de justificación específicamente penal, frente la concepción aquí expuesta, al radicar su fundamentación de la exclusión del injusto en la representación subjetiva del autor, en concordancia con su concepto de injusto como desvalor subjetivo de la intención.

Ello se deriva de su entendimiento de que la antijuridicidad y el injusto son conceptos funcionales que muestran diferente contenido y estructura en atención a dicha función, por lo que la exclusión del injusto no toma en consideración un comportamiento desde todos los puntos de vista, sino sólo en atención a una determinada norma²⁷³. La causación de un valor de resultado por la acción típica permanece de este modo al margen, el cual podrá tener sus consecuencias en otras ramas del Derecho, con desaprobación por el ordenamiento jurídico en su conjunto pero con permisión por el Derecho penal²⁷⁴.

Nos hallamos, por tanto, ante un modelo diferenciador que no introduce un contenido sustancial diverso frente a la concepción unitaria de la antijuridicidad, sino que la división está marcada por un traslado de consideraciones normativas vinculadas al tipo al campo de la justificación, en cuanto concepción del riesgo permitido como eximente en esta sede que no requiere un elemento intencional.

No obstante, la función afirmada por las causas de justificación hunde sus raíces en un entendimiento semejante al criterio del interés preponderante, sin relevantes matices adicionales a este

²⁷³ ZIELINSKI, *Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff. Untersuchungen zur Struktur von Unrechtsbegründung und Unrechtsausschluss*, 1973, pp. 296-297. Sobre la exposición y crítica de la teoría de la concepción de Zielinski en la doctrina española, *vid.*, por todos, HUERTA TOCILDO, S., *Sobre el contenido de la antijuridicidad*, ed. tecnos, 1984, pp. 28 y ss.; 50 y ss.

²⁷⁴ ZIELINSKI, *ob. cit.*, p. 296.

respecto, aunque aquí se exprese mediante el recurso a la prevalencia de exigencia de respeto de un bien.

En consecuencia, estamos nuevamente ante una normativización del tipo que pretende trasladarse al ámbito de la justificación penal.

IV.- LA EXCLUSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD POR EL HECHO COMO RENUNCIA A LA SANCIÓN PENAL EN ATENCIÓN A LA DISMINUCIÓN DE LA ILICITUD

1.- ÁMBITO DE LA CATEGORÍA: DISTINCIÓN FRENTE A OTRAS PROPUESTAS VINCULADAS A LA CULPABILIDAD

Como modelo diferenciador no teleológico puede clasificarse igualmente la teoría de la exclusión de la responsabilidad por el hecho en su versión desarrollada por BACIGALUPO²⁷⁵, atendiendo a la reducción del contenido de injusto de la conducta en la situación concreta.

Se parte, tal y como en las construcciones examinadas de las causas de exclusión del injusto (frente a las causas de

²⁷⁵ BACIGALUPO, E., *Principios de Derecho penal*, 5ª ed. ob. cit., pp. 278 y ss.; *Unrechtsminderung und Tatverantwortung*, GS für Armin Kaufmann, C. Heymanns Verlag, 1989, pp. 459 y ss.; *Entre la justificación y la exclusión de la culpabilidad*, La Ley, 1986, pp. 1198-1203; BATISTA GONZÁLEZ, M. P., *Medios de comunicación y responsabilidad penal*, Madrid, 1998, pp. 125-126; LAURENZO COPELLO, P., *El aborto no punible*, ed. Bosch, 1990, pp. 319 y ss; PÉREZ DEL VALLE, C., *Conciencia y Derecho penal*, Granada, 1994, pp. 284-301. Una análisis de la teoría en sus diferentes propuestas, REQUENA JULIANI, J., *La responsabilidad por el hecho ¿Existe una categoría intermedia entre la antijuridicidad y la culpabilidad?*, en Homenaje a Bacigalupo, tomo I, pp. 737 y ss; sobre la concepción de Bacigalupo, pp. 742-744.

justificación) o las simples autorización de acción²⁷⁶, de un presupuesto esencial: la distinción de aquellos casos en que el ordenamiento aprueba la realización del hecho típico y aquéllos en que se renuncia a la aplicación de una pena por la insuficiencia de la gravedad de la ilicitud en orden a justificar su imposición.

Lo anterior trae causa del hecho de que nos hallamos ante una concepción que se ve en la necesidad de establecer una diferenciación entre la falta de merecimiento de pena en los supuestos de disminución de lo ilícito y la aprobación jurídica de la conducta desde una perspectiva global del ordenamiento. Por consiguiente, en este sentido puede entenderse como una postura diferenciadora.

Sin embargo, podemos igualmente calificarla como no teleológica en el seno de la antijuridicidad, en cuanto se parte de una concepción unitaria de ésta marcada por el fin preventivo de la norma, que determina el traslado de dichas ponderaciones específicamente penales precisamente a otra categoría intermedia entre la antijuridicidad y la culpabilidad: la responsabilidad por el hecho.

El término, como es sabido, procede de la construcción elaborada por MAURACH²⁷⁷, la cual se fundamenta en la generalización del juicio de reproche que se produce en los casos de inexigibilidad frente a la individualización propia de las causas de exclusión de la culpabilidad.

²⁷⁶ De hecho, desarrolla una idea semejante, pero con alusión a las “simples autorizaciones de la acción” de LENCKNER, JAÉN VALLEJO, M., *Libertad de expresión y delitos contra el honor*, 1992, pp. 251 y ss.

²⁷⁷ Introducida en España por JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado de Derecho Penal*, V, pp. 20 y ss.

Esto determina que en ciertos supuestos (así, con carácter fundamental, el estado de necesidad exculpante del parágrafo 35 del StGB y el exceso en la legítima defensa del parágrafo 33 del mismo Código), si bien subsiste el injusto de la acción, el comportamiento será no sólo individualmente disculpable, sino, en un escalón previo de la teoría del delito concebido como una subcategoría de la culpabilidad (ausencia de responsabilidad por el hecho²⁷⁸), generalmente excusable²⁷⁹.

Por consiguiente, tal generalización implica que la exigibilidad de una conducta conforme a Derecho no atiende a la valoración individual del conflicto en situación de presión motivacional extrema, sino que la categoría se basa en el apartamiento del poder medio presumido jurídicamente (con carácter general y que recae sobre el hecho) como elemento previo a la culpabilidad (que se centra por su parte en el reproche al autor-individual)²⁸⁰.

La consecuencia práctica es que se equiparan algunos de los efectos propios de la inexigibilidad a las causas de justificación, así, la exclusión de la pena o la medida de seguridad y la extensión de la no punibilidad a los partícipes.

²⁷⁸ Como subraya BACIGALUPO, E., “la teoría de la responsabilidad por el hecho es, materialmente, una teoría de los fundamentos que excluyen la responsabilidad”, *Principios de Derecho penal, ob. cit.*, p. 281; el mismo, en *Unrechtsminderung und Tatverantwortung*, p. 461, acentuando el carácter negativo de su formulación, vinculada a la idea básica de que las causas de exclusión de la culpabilidad se estructuran sobre la posibilidad de motivación del término medio de las personas.

²⁷⁹ MAURACH, R., *Schuld und Verantwortung im Strafrecht*, 1948, pp. 36 y ss.; MAURACH/ZIPF, AT, 31 y ss. Discute dicha ubicación en la secuencia valorativa del delito, HIRSCH, manifestando que en todo caso su análisis debería ser posterior a la inimputabilidad y el error de prohibición invencible, “se corresponde con un postulado lógico, que la posibilidad de comprensión del injusto debe ser decidida antes y no después de la cuestión de si o en qué medida podía actuarse conforme a esta comprensión”, *Die Stellung von Rechtfertigung und Entschuldigung im Verbrechenssystem aus deutscher Sicht*, p. 43.

²⁸⁰ MAURACH/ZIPF, AT, 32/1.

El criterio utilizado por MAURACH no ofrece, sin embargo, una adecuada virtualidad discriminatoria. La idea de la generalización está sin duda presente en el reproche personal dirigido al autor, pero también es empleado en la delimitación de los presupuestos del error invencible de prohibición y en la propia inimputabilidad. Esta circunstancia, que actualmente es aceptada en la doctrina de manera casi unánime, explica el rechazo experimentado por la teoría, en su intento de introducir una nueva categoría sistemática²⁸¹. El hecho de que en la inexigibilidad se utilice un criterio de poder medio no habla, como ha subrayado HIRSCH, a favor, sino en contra de la autonomía de un escalón valorativo previo a la culpabilidad²⁸².

En la teoría de la responsabilidad por el hecho de MAURACH se aprecia el acierto de situar el punto de mira en ciertos casos que difícilmente pueden ser explicados con el instrumental dogmático de una antijuridicidad que exige una aprobación positiva de la conducta (no hay exclusión global del injusto) y una culpabilidad entendida en sentido individualizador. En la medida en que la generalización puede acaecer igualmente en la culpabilidad, como se ha dicho, la teoría no encontró seguidores²⁸³. Pero la cuestión del influjo de la disminución del injusto en la exclusión de la pena fue a continuación debatida en el seno de otras construcciones, si

²⁸¹ Vid., KAUFMANN, Armin, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, 1959, pp. 151 y ss; el mismo, en *Strarechtsdogmatik zwischen Sein und Wert*, 1982, pp. 229 y ss; ROXIN, AT I, 4ª ed. 2006, 19/50 y ss; *Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe in Abgrenzung von sonstigen Strafausschliessungsgründen*, pp. 246-247; HIRSCH, H.J., *Die Stellung von Rechtfertigung und Entschuldigung im Verbrechenssystem aus deutscher Sicht*, pp. 42-43; el mismo, en *LK-StGB*, ante parágrafo 32, nm. 174.

²⁸² HIRSCH, H.J., *Die Stellung von Rechtfertigung und Entschuldigung im Verbrechenssystem aus deutscher Sicht*, p. 42.

²⁸³ Destaca dicha circunstancia BACIGALUPO, E., *Unrechtsminderung und Tatverantwortung*, p. 462. Aceptando, no obstante, la teoría pero adaptándola a las exigencias de un sistema funcionalista, AMELUNG, K., *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, ob. cit., pp. 98 y ss.

bien mayoritariamente en su conexión con la culpabilidad²⁸⁴ o bien, en la concepción roxiniana, en la responsabilidad²⁸⁵.

La cuestión clave radica por consiguiente en el tratamiento que debe dispensarse a la disminución del contenido de injusto de la conducta, en los casos que podrían determinar la exención de pena. Los supuestos de responsabilidad por el hecho no aluden a la perspectiva del autor individualmente considerado, sino a la desaprobación jurídica que merece el hecho desde la perspectiva

²⁸⁴ Fundamentales el artículo de RUDOLPHI *Ist die Teilnahme an einer Notstandstat i.S. der 52, 53 Abs. 3 und 54 StGB strafbar?*, ZsTW 78, 1966, pp. 67 y ss., en cuanto plantea la impunidad de la participación en estos supuestos, y la concepción de ARMIN KAUFMANN sobre la cuantificación del reproche de culpabilidad, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, 1959, pp. 151 y ss.; *Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert*, 1982, pp. 229 y ss. RUDOLPHI, en efecto, considera impune la conducta del partícipe en el estado de necesidad disculpante, entendiendo sin embargo que el mero efecto de disminución del injusto no puede explicar la impunidad en estos casos, sino que debe añadirse por un lado, la disminución de la culpabilidad vinculada a dicha atenuación del ilícito, y, en segundo término, la producción de una causa de disminución autónoma de la culpabilidad, consistente en la presunción legal de afectación de la capacidad de actuar conforme a la comprensión de la norma, *ob. cit.* pp. 84-85; 96-99. Por su parte, ARMIN KAUFMANN considera que, debido a que la disminución del injusto no es suficiente para afirmar la justificación de la conducta, el aspecto decisivo vendrá constituido por la repercusión de tal disminución en la culpabilidad. Es común a ambas teorías por tanto la traslación de la disminución del injusto precisamente a la categoría posterior en la sistemática del delito, en una operación elemental cual es la disminución de la culpabilidad subsiguiente en cuanto ésta siempre va referida a un determinado injusto, pero sin plantearse el verdadero problema: que nos hallamos tan sólo ante una afectación de lo ilícito.

²⁸⁵ ROXIN, C., *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, pp. 33 y ss; *Strafrecht*, AT I; 4ª ed. 2006, 19/50 y ss; p. 246; *Rechtfertigungs- und Entschuldigungs- grande in Abgrenzung von sonstigen Strafausschliessungsgründen*, p. 246. Para ROXIN, nos hallamos ante un supuesto de ausencia de responsabilidad por falta de necesidad preventiva de pena, poniendo también en tela de juicio que los efectos propios deban ser los de la impunidad de los partícipes y la ausencia de medidas de seguridad. Así, en relación con estas últimas no niega la posibilidad de procedencia una medida cuando las circunstancias concomitantes de un homicidio amparado en el parágrafo 35 del StGB denotan que el enfermo mental, teniendo en cuenta que entró en un delirio homicida a la vista de la sangre, es peligroso para la generalidad. No obstante, dicho punto de vista no es decisivo, habiendo replicado agudamente SCHÜNEMANN que tal delirio homicida también puede concurrir en el que actúa en legítima defensa, así, en SCHÜNEMANN, B., *La función de la delimitación de injusto y culpabilidad*, en Fundamentos de un Sistema europeo de Derecho Penal, Libro-Homenaje a Claus Roxin, SCHÜNEMANN/ FIGUEIREDO (coords.), J.M. SILVA SÁNCHEZ (ed. española), J.M. Bosch, ed., 1995, p. 242.

del merecimiento de pena. Éste es el punto de vista determinante en los casos de inexigibilidad general y que verdaderamente plantea la necesidad de una categoría dogmática, en cuanto aparentemente introduce un grupo de casos no incardinables en la clásica estructura tripartita del delito.

2.- LA NECESIDAD DE RATIFICACIÓN DE LA NORMA VULNERADA

A) Consideraciones críticas

El enfoque de BACIGALUPO es sin embargo distinto al de MAURACH, y en tal medida relevante en la presente investigación a los efectos de la discusión de una antijuridicidad específicamente penal, en cuanto la introducción de la responsabilidad por el hecho se fundamenta en la necesidad de mantener el carácter general y unitario de aquélla.

En efecto, la antijuridicidad en BACIGALUPO no puede consistir en una antijuridicidad específicamente penal. Ésta, como ha sido reseñado al tratar de los fundamentos de la concepción unitaria de la antijuridicidad, debe mantener en todo momento su función preventiva, cual es la de marcar con nitidez el límite de los comportamientos prohibidos y los permitidos por el Derecho.

Se configura la norma como modelo orientador de las conductas sociales, debiendo señalarse en cada caso si la exclusión de la punibilidad lleva implícita una renuncia a la ratificación de la norma vulnerada o no²⁸⁶. En concreto, en las hipótesis tratadas

²⁸⁶ BACIGALUPO, E., *Unrechtsminderung und Tatverantwortung*, p. 470; *Entre la justificación y la exclusión de la culpabilidad*, pp. 1200-1201. Recalcando la

como causas de exclusión de la responsabilidad por el hecho, devendría necesaria la ratificación de dicha norma, a pesar de la sensible disminución del injusto, no concurriendo sin embargo el grado de ilícito suficiente para merecer el comportamiento la desaprobación jurídica penal.

Entre los supuestos abarcados por tal categoría dogmática se hallarían el estado de necesidad por colisión de intereses de igual jerarquía o en los que no concurre una diferencia esencial entre el interés jurídico salvado y el sacrificado, los supuestos de no punibilidad del aborto, la colisión del derecho a la libertad de información veraz y el derecho al honor, los conflictos entre la libertad de conciencia y el derecho penal, la inviolabilidad parlamentaria y la exclusión de responsabilidad del artículo 268 del Código penal²⁸⁷.

La novedad del planteamiento frente a otras posturas doctrinales radica en conceder efecto excluyente de la responsabilidad a dicha disminución de lo ilícito. Por ello, con razón replica BACIGALUPO a los detractores de la teoría que basan su crítica en que tales casos pueden ser resueltos en el ámbito de la medición de la pena²⁸⁸ (o,

fuerza preventiva de la antijuridicidad, LAURENZO COPELLO, P., *El aborto no punible*, pp. 320-321.

²⁸⁷ BACIGALUPO, E., *Principios de Derecho penal*, 5ª ed. 1998, pp. 288 y ss. Alude a la eutanasia como supuesto autónomo, EIRANOVA ENCINAS, E., *Defensas penales*, en Homenaje a Bacigalupo, pp. 203-207. El autor pone de manifiesto la especial importancia que ostentan los derechos fundamentales en el seno de la categoría, relacionándose muchos de los supuestos de falta de responsabilidad por el hecho con la importancia de la libertad personal, con alusiones al desarrollo del concepto en la filosofía moral, manifestando igualmente las semejanzas de la discusión en el derecho anglosajón: “La “disolución” de las causas de justificación en los supuestos de “falta de responsabilidad por el hecho” tiene su lectura paralela en el Derecho anglosajón en la disolución de la *justification* en la *excuse*.”, *ob. cit.*, p. 216.

²⁸⁸ ROXIN, C., *AT I*, 4ª ed., 2006, 19/52, nota 100: “El que las circunstancias del hecho excluyentes de la responsabilidad (también) produzcan el efecto de disminuir el injusto no justifica la creación de una nueva categoría sistemática. La magnitud del injusto materialmente realizado posee igualmente en los demás supuestos relevancia únicamente para la medición de la pena.”

en nuestro derecho positivo, con alusión a la regulación de las eximentes incompletas del artículo 21.1 del Código penal²⁸⁹), que nos hallamos ante supuestos de exención de pena y no de mera atenuación.

Evidentemente, la fundamentación relevante estriba en justificar la exclusión de la punibilidad, ya que no plantea ningún problema reconocer que las disminuciones del contenido de injusto pueden repercutir en la individualización de la pena concreta a imponer, si bien, en cualquier caso, no como una mera correlación aritmética de desvalores. La mayoría de los supuestos mencionados así lo imponen igualmente, si consideramos la dificultad de compatibilizar una simple atenuación de pena con la presencia de un estado de necesidad en que el interés salvado prepondere sobre el sacrificado, aunque no exista una diferencia esencial entre ambos.

Más evidente resulta tal circunstancia en los supuestos legales mencionados en los que la impunidad está recogida legalmente (artículos 71.1 de la Constitución en cuanto a la inviolabilidad parlamentaria y 268.1 del Código penal en lo atinente a la exclusión de la responsabilidad entre parientes).

El argumento de la posible utilización de las eximentes incompletas puede ser útil cuando la disminución del injusto no llegue a un grado que justifique la exención, e incluso gozar de relevancia fundamental en los supuestos calificados como “situaciones análogas al estado de necesidad” (*notstandsähnliche*

²⁸⁹ Fundamental, en este sentido, DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *La categoría de la antijuridicidad en Derecho penal*, en Causas de justificación y de atipicidad en Derecho penal, *ob. cit.*, pp. 120-124.

Lage)²⁹⁰, pero la propuesta analizada parte en todo momento de la exención de pena²⁹¹, con inexistencia de desaprobación jurídica penal²⁹².

Tampoco pueden compartirse las críticas vertidas en torno a la exclusión de la responsabilidad por el hecho en atención a los efectos que conlleva: si se excluye la pena debido únicamente a la disminución del injusto, resulta razonable la no punibilidad del partícipe, al margen de que se explicitan en su caso las excepciones a este principio general (así, obviamente, la participación del *extraneus* en el hecho del diputado o senador amparado por la inviolabilidad parlamentaria)²⁹³.

Por otro lado, las posturas favorables a aplicar medidas de seguridad en el inimputable que obra en estado de necesidad excluyente de la responsabilidad por el hecho apoyan su argumentación en consideraciones más vinculadas a la propia inimputabilidad del sujeto que al contexto determinante del estado de necesidad exculpante, afirmando la peligrosidad por razones ajenas a la naturaleza de dicha eximente (así, el delirio homicida a que alude ROXIN). La medida de seguridad aparece entonces razonable, pero está conectada la peligrosidad a motivos distintos

²⁹⁰ Desarrollados por GÜNTHER como causas propias de exclusión del injusto penal, en cuanto excluyen únicamente la antijuridicidad penal de la conducta, *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss*, pp. 326-346. Sobre la crítica a tales supuestos, ROXIN, C., *Die notstandähnliche Lage- ein Strafunrechtsausschließungsgrund?*, en FS für Oehler, 1985, pp. 181 y ss; BOTT, H., *In dubio pro Straffreiheit? Untersuchungen zum Lebensnotstand*, 2011, pp. 131-136.

²⁹¹ En la misma línea, PÉREZ DEL VALLE, C., *Conciencia y Derecho penal*, ob. cit., pp. 288 y ss.

²⁹² Articulando la disminución del injusto con fundamento en el reconocimiento positivo de la eximente incompleta, ampliamente, VALLE MUÑIZ, J.M., *La naturaleza graduable de lo injusto y la actuación en desconocimiento del presupuesto objetivo de una causa de justificación*, en Política Criminal y nuevo Derecho Penal, Libro Homenaje a Claus Roxin, J.M. Silva Sánchez (ed.), J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1997, pp. 463-467.

²⁹³ BACIGALUPO, E., *Principios de Derecho penal*, p. 295.

de la *ratio* del estado de necesidad exculpante²⁹⁴, por lo que no se desvirtúan los postulados de la teoría.

B) El enfoque preventivo de la norma

La crítica decisiva debe radicar, a mi juicio, en argumentaciones dirigidas a la propia fundamentación de la categoría²⁹⁵. En este sentido, el mantenimiento de la antijuridicidad por razones preventivo-generales no resulta, como se subrayó anteriormente a propósito de la crítica a la concepción unitaria, necesario. Y ello debido a que el efecto preventivo-general se halla vinculado a la amenaza bajo de pena de realización de un comportamiento que entraña un riesgo de lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos y no a la ratificación de una norma general con vigencia en el conjunto del ordenamiento jurídico.

La cuestión fundamental no reside en el mantenimiento de la vigencia de una norma que declara la conformidad o disconformidad a Derecho, sino en aquélla que afirma el merecimiento y necesidad de pena de la conducta en orden precisamente al mantenimiento de vigencia de la norma penalmente configurada.

²⁹⁴ SCHÜNEMANN, B., *La función de la delimitación de injusto y culpabilidad*, ob. cit., pp. 241-242, se muestra partidario de la posibilidad de internamiento sólo cuando la única razón por la que el autor no actúa culpablemente o no de manera plenamente culpable se encuentre en un estado de incapacidad de culpabilidad o capacidad de culpabilidad disminuida.

²⁹⁵ En cuanto al logro de evidenciar la dificultad de catalogación de determinados supuestos de reducción del ilícito en la sistemática tradicional, no existen dudas de su virtualidad. Ello también fue resaltado, en relación con los supuestos de inexigibilidad de MAURACH, por ARTHUR KAUFMANN, cuando, si bien reseñando la falta de resonancia de la teoría de la responsabilidad por el hecho elaborada por el maestro alemán, destaca el relevante influjo de dicha concepción en otras marcadas por el denominador común de establecer una preferencia en aplicación del principio de ponderación de bienes o de deberes, así, KAUFMANN, ARTHUR, *Rechtsfreier Raum und Eigenverantwortliche Entscheidung*, pp. 328-329.

El hecho de afirmar que no concurre el grado de injusto para afirmar la desaprobación jurídico-penal y, por otro lado, articular la responsabilidad por el hecho al margen del injusto típico, se muestra incongruente con la función del injusto penal en la sistemática del delito.

Se afirma la ratificación de una norma no definida en atención a referencias teleológicas propias de la rama del ordenamiento jurídico en que se inserta, cuando en la delimitación de la conducta prohibida han sido las referencias específicamente penales con la exigencia de un desvalor cualificado las que han marcado el ámbito de la conducta prohibida.

El fin preventivo de mantenimiento de la vigencia de la norma penal, por tanto, no resulta afectado por la exclusión de pena en aquellos casos en que el contenido de injusto disminuye de tal modo que no cabe afirmar la desaprobación jurídico-penal.

La necesidad de consideración de los permisos y deberes provenientes del conjunto del ordenamiento jurídico (necesaria en atención a evitar contradicciones axiológicas y legales dado el carácter de *ultima ratio* del Derecho penal) no impide que la norma que debe ser ratificada y a la que aluden los partidarios de la responsabilidad por el hecho sea en todo caso una norma penal.

El argumento preventivo no justifica de esta forma la creación de un nuevo grupo de causas de exclusión de responsabilidad por el hecho. Su razón podría verse entonces en resaltar, en el marco de la interacción social, las intervenciones frente a las que impera un deber de tolerancia del sujeto afectado y aquellas otras frente a las que cabe reaccionar, al no excluir la antijuridicidad general del comportamiento.

No obstante, ello requiere la afirmación de una concepción de las causas de justificación como emisoras de un juicio de aprobación positiva de la conducta y una definición de su contenido desvinculada de su orientación teleológica, identificando causa de justificación como igual a deber de tolerancia, lo cual, al margen de ser discutible si exceptuamos el supuesto de actuación en legítima defensa, no se compatibiliza con la función de la antijuridicidad en el sistema penal, extendiendo sus efectos a las relaciones iusprivatistas.

C) ¿Sobreseimiento libre por ausencia de responsabilidad por el hecho?

Por último, desde el punto de vista procesal, se ha defendido que la concurrencia de una causa de exclusión de responsabilidad por el hecho impide el dictado de auto de procesamiento por no existir ilícito (artículos 118 y 384 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) y que también es posible decretar sobreseimiento por falta de ilicitud del comportamiento en estos supuestos, en aplicación del artículo 637.2 de la meritada ley procesal²⁹⁶.

Frente a ello, la solución alemana consistente en tratar estos casos en el ámbito de determinación de la pena implica una “pena de banquillo” materialmente injusta²⁹⁷, resaltándose la preferencia de la apreciación de la categoría²⁹⁸. No obstante, el artículo 637.2 se refiere expresamente a la circunstancia de que los hechos no sean

²⁹⁶ EIRANOVA ENCINAS, E., *Defensas penales*, en Homenaje a Bacigalupo, *ob. cit.*, p. 210.

²⁹⁷ Decisión influida considerablemente por la propia configuración de la eximente del parágrafo 35 del StGB, en cuanto limita los efectos de la exención a determinados sujetos (parientes y personas allegadas), restricción no presente en la regulación española, sobre ello, ROXIN, C., *AT I*, 4ª ed, 2006, 19/52 y BACIGALUPO, *Principios de Derecho Penal*, p. 297.

²⁹⁸ EIRANOVA ENCINAS, E., *Ibidem*.

constitutivos de infracción penal, frente a los casos objeto de estudio en que se afirma la disminución del ilícito. La afirmación de la infracción normativa por los partidarios de la teoría debería llevarlos a la preferencia de la aplicación de otro motivo.

En esta línea, resulta preferible su incardinación en el motivo de sobreseimiento regulado en el artículo 637.3, en cuanto causa eximente de responsabilidad criminal.

Si respecto de las causas de justificación existen razones sistemáticas, gramaticales y fundamentalmente garantísticas para situar su debate en el acto del juicio oral, tanto más debe ser ésta la sede propia de los supuestos tratados como causas de exclusión de la responsabilidad por el hecho. En éstos nos hallamos ante la tarea de determinar el grado concreto de injusto que conlleva la exención de responsabilidad penal, lo cual requiere mayor precisión aun y resulta más difícil de apreciar en sede de instrucción que la afirmación de una eximente justificante.

El establecimiento de un grado concreto de injusto requerirá preferiblemente la prosecución del procedimiento con dictado de auto de apertura del juicio oral. Se trata de casos en que cabe afirmar la previa relevancia típica de la conducta, excluyéndose en un escalón ulterior la responsabilidad penal en cuanto en el comportamiento no concurriría el grado suficiente de merecimiento y necesidad de pena para el mantenimiento de la vigencia de la norma.

Por tanto, la discusión de estos supuestos conlleva la apertura de juicio oral.

Al margen de ello, no deja de resultar significativo que fue precisamente BACIGALUPO el magistrado del Tribunal Supremo ponente de la sentencia que, apartándose incluso del criterio mayoritario sostenido por dicho Tribunal en anteriores resoluciones²⁹⁹, estimó que la expresión “el hecho no sea constitutivo de delito” propia del artículo 637 debe entenderse delito asimilado a tipicidad³⁰⁰, sin incluir la antijuridicidad, y que no procede el sobreseimiento de las actuaciones cuando los elementos de hecho de una causa de justificación, afirmada *prima facie* la tipicidad de la conducta, sean controvertidos por una de las partes, en orden a garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva.

Mayor razón concurrirá, en definitiva, cuando la controversia recaiga sobre los elementos fácticos de una causa de exclusión de la responsabilidad por el hecho, o, en su caso, de una causa de exclusión del injusto penal.

²⁹⁹ *Vid.*, en este sentido, las SSTs de 7 de junio de 1988, 11 de marzo de 1989, 4 de diciembre de 1991 y 16 de diciembre de 1991 citadas en el Capítulo I.

³⁰⁰ STS de 20 de enero de 1992.

CAPÍTULO TERCERO

EL MODELO DIFERENCIADOR TELEOLÓGICO DE ANTIJURIDICIDAD

I.- PRESUPUESTOS PARA LA RUPTURA DEL CONCEPTO UNITARIO EN EL ÁMBITO DE LAS FUNCIONES ATRIBUIDAS A LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

1.- MERECIMIENTO DE PENA E INTRODUCCIÓN DE CATEGORÍAS DOGMÁTICAS INTERMEDIAS ENTRE TIPICIDAD Y ANTIJURIDICIDAD

Frente al modelo diferenciador examinado en el capítulo anterior, que deja subsistente la determinación de la antijuridicidad como una categoría general y unitaria, incardinando la quiebra de los fundamentos clásicos de la justificación penal en otros ámbitos de la sistemática del delito, se procede en el presente capítulo al análisis, en primer término, del que denomino modelo diferenciador teleológico.

La terminología escogida se fundamenta en un hecho identificativo común: el intento de introducir limitaciones a los presupuestos tradicionales de las causas de justificación mediante la referencia a los fines del Derecho penal.

El *topos* a este respecto más recurrido es sin duda el merecimiento de pena. Su utilización va a permitir rebajar la exigencia de los

requisitos de la justificación. Nos hallamos, pues, ante un modelo teleológico, que no obstante y al igual que el previamente analizado en el capítulo precedente, se ve en la necesidad de efectuar una diferenciación de los supuestos en los que no concurre la desaprobación específica penal, de aquellos propios de las causas de justificación, en el presente caso en conexión íntima con el injusto típico.

A) Los presupuestos negativos de merecimiento de pena

Dirigiéndonos en un primer acercamiento a una justificación penal, concebida en atención a sus finalidades específicas, conviene dejar de lado las posturas excesivamente vinculadas a un entendimiento del tipo en sentido descriptivo, que determina que todas las referencias teleológicas obliguen a efectuar una división sistemática ulterior.

Tal procedimiento acaece a mi juicio con la concepción de SAX acerca de los presupuestos negativos de merecimiento de pena³⁰¹. El autor procede a englobar dentro del elemento superior del tipo de injusto dos categorías autónomas diferenciadas: el comportamiento típico legalmente previsto y la lesión del bien jurídico merecedora de pena.

Debido a que restringe el primero a la descripción legal del comportamiento, se ve obligado a situar las referencias normativas propias de la fundamentación del injusto en lo que denomina

³⁰¹ Con carácter fundamental, *Zur Problematik der Sterbehilfe durch vorzeitigen Abbruch einer Intensivbehandlung. Überlegung zum Unterlassen durch Tun, zum Schutzzweck der Norm, und zur scheinbaren Rechtsgutsverletzung*, JZ, 1975, pp. 137 y ss; *“Tatbestand” und Rechtsgutsverletzung, Überlegungen zur Neubestimmung von Gehalt und Funktion des “gesetzlichen Tatbestandes” und des Unrechtstatbestandes*, JZ, 1976, pp. 9 y ss; 80 y ss; 429 y ss; *Der verbrechenssystematische Standort der Indikationen zum Schawangerschaftabbruch nach 218 a StGB*, JZ, 1977, pp. 326 y ss.

“lesión del bien jurídico merecedora de pena.³⁰²” No puede, sin embargo, aceptarse en el seno de una sistemática funcionalista la alternativa que señala el autor como única posible de la dogmática tradicional: o el comportamiento no realiza todos los elementos de la conducta descrita en el tipo legal y por eso no es típico, o es típico pero como consecuencia de una causa de justificación no antijurídico³⁰³, disyuntiva que le obliga a introducir la idea del merecimiento de pena como subcategoría autónoma dentro del injusto.

Tal proceder denota que estamos ante una concepción excesivamente formalista, lo cual se evidencia en las subdivisiones que efectúa en orden a la exclusión del injusto penal, sin una virtualidad práctica destacable. Éste puede resultar eliminado bien por la falta de una lesión del bien jurídico merecedora de pena o bien por la justificación de ésta.

A su vez, la ausencia de lesión del bien jurídico merecedora de pena engloba los supuestos negativos de la fundamentación del injusto: por un lado, la falta de un elemento del tipo legal, y, por otro, la falta de una lesión merecedora de pena del fin de protección de la norma, que puede tener lugar o porque no concurre directamente o porque no concurre con merecimiento de pena, debido a que falta en este último caso o bien una condición objetiva de punibilidad o bien un presupuesto subjetivo de merecimiento de pena³⁰⁴.

³⁰² SAX, W., “*Tatbestand*” und *Rechtsgutsverletzung*, p. 9, 11, 14-17; 80, 82-85; sobre los efectos de la distinción: 429-439; el mismo, en *Der verbrechenssystematische Standort*, pp. 332-333.

³⁰³ SAX, W., “*Tatbestand*” und *Rechtsgutsverletzung*, p. 9.

³⁰⁴ Reflejando en un esquema gráfico todas las subdivisiones efectuadas, abarcando la superior a la inferior, SAX, W., *Ibidem*, p. 85.

La mera terminología utilizada, a pesar de lo farragoso de la división, pone de relieve (fin de protección de la norma) su conexión con constelaciones que pueden ser resueltas mediante la normativización del tipo³⁰⁵ que conlleva la teoría de la imputación objetiva, no resultando necesaria la introducción de una nueva categoría de merecimiento de pena en orden a resaltar este aspecto.

Destacar como momento autónomo del merecimiento de pena en la estructura del delito dicho correctivo del tipo legal³⁰⁶ es repetitivo, al ser delimitado precisamente el injusto penal mediante la selección de las conductas del ordenamiento jurídico que entrañan una especial dañosidad social.

³⁰⁵ El mismo autor afirma la insostenibilidad de un concepto de tipo concebido solamente como una categoría formal teórico-abstracta, pero introduce las consideraciones valorativas en el merecimiento de pena, el cual hunde sus raíces en el texto constitucional y la cuestión de la legitimación constitucional de la pena estatal, que evidencian “que la idea de protección de bienes jurídicos en Derecho penal es indisponible, porque la propia Constitución lo establece.”, SAX, W., *Ibidem*, p. 11; el mismo, en *Der Verbrechenssystematische Standort der Indikationen zum Schwangerschaftsabbruch*, p. 332: “Otro camino hacia la interpretación jurídica de las indicaciones, en el cual puede concretarse su sentido legal sin contradicciones, lo abre la nueva determinación que he efectuado del tipo de injusto. Su punto de partida es el conocimiento consolidado en la práctica judicial y en la doctrina y también orientador para los trabajos de reforma del Derecho penal desde 1965, de que el poder punitivo del Estado sólo está legitimado constitucionalmente para la conminación e imposición de penas en la medida en que se dirija a la conservación y protección de bienes jurídicos, los cuales merecen la protección precisamente a través de la pena y necesitan de la protección precisamente mediante pena, cuya lesión o también sólo su puesta en peligro por consiguiente es merecedora de pena. Legitimación del Derecho penal que, como es sabido, es altamente discutida en el debate actual. Sobre ello, vid. HEFENDEHL, R., *La teoría del bien jurídico ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, ed. Marcial Pons, 2007.

³⁰⁶ Destaca el fracaso de los intentos llevados a cabo para identificar un momento autónomo como portador del merecimiento de pena en la sistemática del delito, DA COSTA ANDRADE, M., *Merecimiento de pena y necesidad de tutela penal como referencias de una doctrina teleológico-racional del delito*, en *Fundamentos de un Sistema europeo de Derecho Penal, Libro Homenaje a Claus Roxin*, ob. cit., p. 169, refiriéndose en concreto a las posturas de SAX, SCHMIDHÄUSER o LANGER.

Los presupuestos negativos de merecimiento de pena se distinguen de los casos de exclusión del tipo legal en que no requieren ser abarcados por el dolo, manifestándose por SAX su mejor acomodación al texto legal en el que no hay referencia a elementos subjetivos (así, en las indicaciones en el aborto³⁰⁷, añadiéndose por el autor los casos de elementos subjetivos que, en cuanto tales, no son abarcados por el dolo y las condiciones objetivas de punibilidad, si bien estos últimos como presupuestos positivos del merecimiento de pena).

Sin embargo, dicha falta de explicitación de elementos subjetivos³⁰⁸ no es óbice, como ha recordado LAURENZO³⁰⁹, para exigir su concurrencia, siendo una cuestión que depende del concepto de injusto que se maneje y que en SAX determinaría, en pura coherencia, la formulación de un concepto basado exclusivamente en el desvalor de resultado. Sin embargo, ello no es así desde el momento en que el autor alemán se muestra partidario de tratar la

³⁰⁷ SAX, W, *Der Verbrechenssystematische Standort der Indikationen zum Schwangerschaftsabbruch*, pp. 332-333, concibe las indicaciones como presupuestos negativos de merecimiento de pena, al reflejar el parágrafo 218 las consideraciones del legislador sobre el merecimiento de pena de un aborto indicado.

³⁰⁸ Que permiten al autor fundamentar la especialidad de las indicaciones en el aborto frente a los casos propios de causas de justificación, equiparando aquéllas con la tesis filosófica-jurídica del espacio libre del derecho penal desarrollada por ARTHUR KAUFMANN, aunque en este caso vinculada a referencias teleológicas: “Ésta (la decisión legal de impunidad) sólo establece que no se realiza (ya sea justo o injusto) en cualquier caso ningún injusto merecedor de pena.”, *Der verbrechenssystematische Standort der Indikationen zum Schwangerschaftsabbruch*, p. 335.

³⁰⁹ LAURENZO COPELLO, P., *El aborto no punible*, p. 181. La autora incide también en la crítica, reseñada por GÜNTHER, de que sistemáticamente no parece la ubicación adecuada de la categoría al situarla previamente a la antijuridicidad, de tal manera que se trata favorablemente a los casos de mera ausencia de merecimiento de pena (indicación terapéutica en el aborto), que a los casos de justificación (daños en propiedad ajena para salvar una vida), *ibidem*, pp. 180, 181; por su parte, GÜNTHER, H.L., *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss*, p. 272.

ausencia del elemento subjetivo como un supuesto de tentativa inidónea y no de impunidad³¹⁰.

La misma incongruencia se aprecia cuando trata los casos de error sobre la existencia de un presupuesto negativo de merecimiento de pena como error de prohibición³¹¹, dada la separación efectuada de la lesión del bien jurídico merecedora de pena frente a los elementos del tipo legal.

La tesis de SAX yerra en la ubicación del merecimiento de pena como categoría autónoma en el seno de la fundamentación del injusto, ya que a pesar de hablar de presupuestos negativos de merecimiento, la estructura evidenciada se sitúa en el plano de formulación del injusto, en el que nadie discute en la doctrina que debe estar influida por consideraciones específicamente penales.

El traslado de condiciones objetivas de punibilidad a este ámbito, como componente del injusto penal en el sentido de presupuestos positivos de merecimiento, no se compadece bien con el hecho de que no sean abarcadas por el dolo, circunstancia ésta que debería condicionar la aceptación de dicho traslado.

Cuestión diferente resultará la ubicación del merecimiento de pena en el ámbito de las causas de justificación, en colisión con la tradicional concepción unitaria, que planteará la necesidad de efectuar ulteriores divisiones en esta sede o, en otro sentido, la procedencia de vincular las causas de justificación a los fines del Derecho penal.

³¹⁰ SAX, W., *“Tatbestand” und Revchtsgutsverletzung*, p. 432.

³¹¹ SAX, W., *Der verbrechenssystematische Standort der Indikationen zum Schwangerschaftsabbruch*, pp. 333-334.

B) Las causas de exclusión de la tipicidad penal de Luzón Peña

a') Ámbito de aplicación

En sintonía con las consideraciones teleológicas de GÜNTHER y la distinción efectuada por éste entre causas genuinas y no genuinas de exclusión del injusto penal, puede incardinarse la propuesta efectuada por LUZÓN PEÑA de reconocer la existencia en nuestro ordenamiento de unas “causas de exclusión de la tipicidad penal o del injusto penal”³¹².

El autor admite a este respecto el paralelismo existente entre las por él calificadas como causas de exclusión de la tipicidad penal y la propuesta de GÜNTHER³¹³, en cuanto se alude a supuestos en que, habiéndose producido una perturbación o lesión de bienes jurídicos en principio jurídicamente relevante, no obstante no es lo suficientemente grave para ser estimada su relevancia jurídico penal: en consecuencia, nos hallamos ante conductas de algún modo antijurídicas, pero no penalmente típicas y antijurídicas³¹⁴.

Mas en dicha orientación funcionalista, en la que se deja notar el influjo del principio de *ultima ratio* en la delimitación de las conductas punibles en el ámbito del injusto, se agotan buena parte

³¹² Exponiendo detalladamente la distinción: *Causas de atipicidad y causas de justificación*, en Causas de justificación y de atipicidad en Derecho Penal, LUZÓN PEÑA/MIR PUIG (coordinadores), 1995, pp. 25-32; el mismo, en *La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito*, en *ibidem*, pp. 204-213; el mismo, en *Derecho Penal*, PG, pp. 558 y ss.

³¹³ Llegando a afirmar en este sentido que “La idea es sustancialmente la misma que la aquí defendida, hasta el punto de que se pueden utilizar como equivalentes los conceptos causa de atipicidad penal y causa de exclusión del injusto penal”, *Causas de atipicidad y causas de justificación*, *ob. cit.*, p. 26. No obstante, dicha equivalencia terminológica resulta en cierto modo difícil de mantener, dadas las relevantes discrepancias existentes entre ambas concepciones, por lo que procuraré discernir claramente entre ambas en la exposición del presente capítulo.

³¹⁴ LUZÓN PEÑA, D.M., *Causas de atipicidad y causas de justificación*, p. 26.

de las coincidencias entre ambas categorías. Así, LUZÓN PEÑA reprocha a GÜNTHER el hecho de englobar bajo el nombre de causas de justificación tanto las causas de exclusión del injusto como las de exclusión sólo del injusto penal, abogando por la nítida diferenciación entre ambas, que a su vez distingue de las causas de exclusión del tipo indiciario.

Las causas de exclusión de la tipicidad penal se distinguen de las causas de justificación en que aquéllas no justifican, sino que tan sólo dan lugar a la supresión del indicio contenido en el tipo legal (“positivo”, menciona LUZÓN, al mostrarse partidario de la teoría de los elementos negativos del tipo) de la existencia de desvalor y de la prohibición penal, al no ser la conducta lo suficientemente grave, a pesar de su ilicitud extrapenal, decayendo igualmente la necesidad de pena del hecho³¹⁵.

Dichas causas deben asimismo distinguirse de las causas de exclusión del tipo indiciario en su sentido tradicional, englobantes de los supuestos en que la conducta aparentemente encaja en la descripción legal, aunque realmente no ataca a bienes jurídicos o no lo hace de un modo mínimamente relevante, lo cual no excluye que concurra al mismo tiempo una causa de justificación³¹⁶.

b') Supuestos abarcados

Como supuestos específicos de causas de exclusión de la tipicidad penal se refieren por el autor los constituidos por el principio de

³¹⁵ LUZÓN PEÑA, D.M., *La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena*, p. 210.

³¹⁶ LUZÓN PEÑA, D.M., *Causas de atipicidad y causas de justificación*, pp. 22-25, el cual a su vez distingue dichas causas de atipicidad de los supuestos de “atipicidad” que se producen con la ausencia de algún elemento expreso del tipo legal o falta de requisitos tácitos tales como la autoría o la imputación objetiva en los tipos de resultado.

insignificancia, la tolerancia social, la adecuación social no justificante, el consentimiento no justificante, pero penalmente relevante, así como los casos de inexigibilidad penal general.

Por lo que respecta a la exclusión de la tipicidad penal por insignificancia³¹⁷, alude LUZÓN a los casos en que el grado de injusto de la conducta sea mínimo, si bien la misma encaje dentro del supuesto de hecho típico (los llamados casos de injusto-bagatela).

Tal consideración del principio de insignificancia permitiría la aplicación del mismo en varias direcciones: así, no sólo en aquellos tipos que distinguen una forma grave como delito y una leve como falta (que actualmente, tras la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, serían constitutivos de infracción administrativa) en la que la levísima devendría atípica en virtud del meritado principio³¹⁸, sino también en los casos de hechos en principios graves en los que concurra alguna causa de justificación incompleta y adicionalmente otras atenuantes, sin eliminación de ilicitud civil o administrativa, con lo

³¹⁷ A la aplicación de dicho principio ya se había referido en su tesis doctoral, en relación con el carácter típico de la agresión en cuanto elemento de la legítima defensa, aludiéndose a “los supuestos de agresiones que la doctrina alemana califica de meros abusos o agresiones-bagatela (por ejemplo, deslumbrar con una linterna o espejo, empujones en la masa, en la cola ante un comercio o al subir al tranvía, expresiones impertinentes o ineducadas, agarrar a alguien sin intención agresiva en un intercambio de palabras, etc.) afectan ciertamente a bienes individuales, pero el problema consiste en que, si realmente dichas molestias se limitan a esas insignificancias, no estarán tipificadas ni siquiera como faltas de injurias o coacciones leves, malos tratos...”, *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, 1978, p. 512; el mismo, en *Tráfico y consumo de drogas*, en La reforma penal. Cuatro cuestiones fundamentales, Madrid, 1982, p. 67; el mismo, en *Concurrencia aparente o real de error sobre presupuestos o sobre límites de una causa de justificación (error sobre la ilegalidad de una detención intimidatorio de autoridad por funcionario)*, PJ, 1990-19, p. 287.

³¹⁸ El autor cita como ejemplo los casos de coacciones, injurias o desacatos (faltas de respeto a los agentes de la autoridad) levísimos respecto de las faltas de leves coacciones, injurias o vejaciones o desacatos, así como los hurtos o daños de cosas de mínimo valor o la imprudencia o culpa levísima frente a la imprudencia simple.

cual nos situaríamos ya en el concreto plano de graduación del injusto³¹⁹.

Como cabe apreciar, este proceder ha sido consagrado finalmente por la reforma del Código penal y la supresión de las faltas, así como el cambio de concepción a delitos leves de aquellos casos con una entidad aún merecedora de sanción penal.

Enlaza de este modo esta última consideración con la efectuada por SILVA SÁNCHEZ, en el sentido de otorgar virtualidad a la introducción de consideraciones de insignificancia en la parte negativa del supuesto de hecho prohibido. En esta línea SILVA ha planteado, en relación con la propuesta metodológica de GÜNTHER³²⁰, que la misma puede llegar a tener incluso mayor alcance del que dispone, ya que la exclusión del injusto penal podría concebirse como principio rector interpretativo de las causas de justificación en el ámbito jurídico-penal.

Así, en los supuestos en que concurra una causa de justificación incompleta, si tras el análisis de caso concreto restara un injusto insignificante para el Derecho penal, cabría una renuncia a la prohibición penal.³²¹

³¹⁹ LUZÓN PEÑA, D.M., *Causas de atipicidad y causas de justificación*, p. 29.

³²⁰ El cual destaca certeramente como novedad del planteamiento de GÜNTHER la distinción estrictamente teleológica que el mismo realiza entre las distintas causas de exclusión del injusto, frente a las anteriores propuestas no funcionalistas de distinción de un “ámbito libre del derecho”. Así, SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, 1992, pp. 404-405.

³²¹ SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Recensión al artículo de Schünemann, Die Deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars. 1. Teil: Tatbestands und Unrechtslehre*, ADPCP, 1987, p. 541; el mismo, en *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, pp. 405.

Estrictamente vinculada a la idea de insignificancia se presentan los casos de tolerancia social, reseñando expresamente LUZÓN que “realmente se trata de nuevo de una aplicación especial o subcaso del principio de insignificancia”,³²² debiendo excluir la tipicidad penal de la acción en un Estado democrático de Derecho “también en virtud de la insignificancia de la conducta”,³²³ y con los que se alude a los supuestos concretos en que alguna de las acciones que podría encajar en un tipo legal sea socialmente tolerable, como los casos de personas sin titulación sanitaria que por el simple favor ponen una inyección a alguien conocido (con exclusión del tipo de intrusismo), o de personas que no declaran su verdadera edad por coquetería en la constancia de un certificado oficial en los casos en que no tenga trascendencia jurídica (con exclusión del tipo de falsedad ideológica en documento público).

Se incluyen asimismo entre las causas de exclusión de la tipicidad penal los supuestos de adecuación social en los que, a pesar de la valoración social de corrección de la conducta, ésta siga estando desvalorada y prohibida por normas provenientes de otro sector jurídico³²⁴, así como el consentimiento no justificante, al no ser plenamente válido jurídicamente (consentimiento del menor o incapaz con capacidad de comprensión en el hurto, o consentimiento del morador no titular del derecho sobre la morada, incluso en oposición del titular, en el allanamiento), pero

³²² LUZÓN PEÑA, D.M., *Causas de atipicidad y causas de justificación*, p. 29.

³²³ LUZÓN PEÑA, D.M., *La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena*, p. 209, nota 43.

³²⁴ Aplicando dicho principio a los delitos contra el honor, MORALES PRATS, F., *Adecuación social y tutela penal del honor: Perspectiva despenalizadora*, CPC 1988, pp. 663 y ss, resultando como conclusión final la preferencia por el Derecho civil como instrumento de tutela más oportuno en este ámbito y propugnando el autor, en consecuencia, una despenalización parcial en aras a la potenciación de dicha vía (pp. 724 y 725).

penalmente relevante³²⁵, en cuanto la conducta no es considerada lo suficientemente grave para constituir un injusto penal.

Finalmente, se citan por LUZÓN los supuestos de la llamada inexigibilidad penal general, en la medida en que, aun tratándose de una inexigibilidad general y no individual (y por consiguiente en principio no encuadrable en la inculpabilidad o exculpación), desde el punto de vista extrapenal sí resulta exigible abstenerse del hecho, aunque no desde las referencias que suponen el merecimiento y necesidad de pena de la conducta, por lo que se excluiría la tipicidad penal, pero no la antijuridicidad general (así, el supuesto de desobediencia del funcionario a órdenes manifiestamente antijurídicas pero obligatorias al no ser nulas de pleno Derecho, sino anulables o irregulares).

Por lo que concierne a las consecuencias atribuidas a tales causas, éstas se equiparan con las propias de las eximentes justificantes: se parte de la imposibilidad en estos casos de aplicación de medidas de seguridad, impunidad de los partícipes, tratamiento del error sobre la concurrencia de los presupuestos objetivos de una causa de atipicidad penal como error de tipo, (coherente con su postura, mencionada anteriormente, favorable a la teoría de los elementos negativos del tipo), resaltándose, no obstante, la diferencia que implica la posibilidad de responsabilidad civil, administrativa o de otros sectores a que las causas de exclusión de la tipicidad penal pueden dar lugar, al excluir únicamente la

³²⁵ Aclara LUZÓN que quedan al margen los casos de consentimiento que excluyen ya la lesión del bien jurídico y en consecuencia el tipo positivo indiciario (ej.: consentimiento válido del propietario del hurto), en los que, además del tipo indiciario desaparece la antijuridicidad general de la conducta y por tanto concurre justificación. Así, *La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena*, p. 210.

responsabilidad penal de la conducta³²⁶. Y, si bien se equiparan los efectos en este último sentido con las causas genuinas de exclusión del injusto penal de GÜNTHER, difiere LUZÓN PEÑA en lo relativo a la legítima defensa³²⁷, al considerar que no cabe la misma contra las conductas amparadas por una causa de atipicidad penal³²⁸ y sí en cambio el estado de necesidad defensivo, por reaccionar frente a la fuente de peligro que no ostenta los requisitos propios de una agresión ilegítima del artículo 20.4 del Código penal.

La distinción de unas causas de exclusión de la tipicidad penal también ha sido acogida por PAREDES CASTAÑÓN, en relación con los supuestos de riesgo permitido, aludiendo en este sentido a la diferenciación que debe efectuarse entre infracción de deberes

³²⁶ Por lo que los efectos de tales causas, además de ser idénticos a los de las causas de justificación excepto en lo relativo a las consecuencias en otras ramas del Derecho, sí manifiestan una identidad esencial con los efectos propios de las causas de atipicidad en sentido estricto, lo que ha llevado a algún autor, como CUELLO CONTRERAS, J., *El derecho penal español*. PG, 3ª ed., 2002, p. 397, a afirmar: “¿Para qué necesito hablar de causas de exclusión de la tipicidad, *sin que se deriven efectos reales que repercutan sobre ulteriores escalones de la teoría del delito*, si me basta afirmar que no se da el primer escalón de la tipicidad?” (cursiva en el original).

³²⁷ Dada la admisión de legítima defensa por parte de GÜNTHER respecto a las conductas realizadas con concurrencia de una causa de exclusión del injusto penal, lo que él califica como “prueba inversa de la legítima defensa”, que le lleva por consiguiente a afirmar que “La teoría de la antijuridicidad penal posibilita por eso no sólo un juicio de antijuridicidad diferenciado en función de los sectores jurídicos y sus consecuencias, sino también una separación adecuada de las cuestiones de si el autor ha realizado un injusto merecedor de pena y si la víctima puede defenderse contra las lesiones del bien jurídico”, GÜNTHER, H.L., *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss*, 1983, pp. 380-385.

³²⁸ Lo cual es congruente con su comprensión del concepto de agresión ilegítima, al requerir que la misma sea penalmente típica para dar cumplimiento al número 1º del artículo 20.4 del Código Penal. Cfr., sobre ello, LUZÓN PEÑA, D.M., *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, 1978, pp. 518-531; pp. 519-520: “Si para conseguir el prevalecimiento del Derecho y lograr sus fines de prevención general intimidatorio el orden jurídico no recurre a la pena- debido al carácter de “ultima ratio” del Derecho penal- sino en los casos de ataques a los bienes jurídicos más importantes (los jurídicopenalmente protegidos) y además frente a las formas más graves o peligrosas de ataques (las tipificadas), parece que lo más satisfactorio y consecuente es limitar ese otro medio de intimidación- la legítima defensa- de igual o mayor dureza aún que la pena (pues no está regido por la proporcionalidad) a los casos de ataques de esa misma entidad, es decir, a las agresiones típicas contra bienes jurídicopenalmente protegidos.”

penales de conducta e infracción de deberes procedentes de otros sectores del ordenamiento jurídico. Así, el autor señala que no en todos los supuestos en los que se reconozca un cierto nivel de riesgo reconocido como admisible respecto a los bienes jurídico-penalmente protegidos nos hallamos ante casos auténticos de riesgo permitido, sino que cabe la posibilidad de un *tertium genus*: los supuestos de riesgo no permitido y, sin embargo, impune por atipicidad³²⁹.

En la línea de lo manifestado por LUZÓN, PAREDES CASTAÑÓN hace hincapié en los distintos criterios que fundamentan la exención de responsabilidad en estos casos, fundamentándose la atipicidad penal en consideraciones de merecimiento o necesidad de pena.

Así, frente a la justificación, en la que el modelo argumentativo se relaciona con el efecto que las actuaciones humanas producen sobre la vida social, en la atipicidad el primer plano lo ostenta la necesidad de utilizar o no “el instrumental de reacción jurídico-penal³³⁰”.

En consecuencia, la exención de responsabilidad se explicará en ocasiones debido a la ausencia de merecimiento de pena como en casos de insignificancia del desvalor de la conducta o del resultado

³²⁹ PAREDES CASTAÑÓN, J.M., *El riesgo permitido*, Ministerio de Justicia e Interior, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, 1995, pp. 73-77, el cual incluye, en correlación con la clasificación de LUZÓN, y entre los supuestos de riesgo penalmente permitido, ciertos casos de adecuación o de tolerancia social, así como conductas insignificantes o en las que concurra un consentimiento no válido en términos civiles.

³³⁰ Sin perjuicio de que el autor haga hincapié en el hecho de que también en el juicio de antijuridicidad general deben tenerse en cuenta consideraciones de mínima intervención, dada la proclamación de la libertad como valor superior de nuestro ordenamiento en el artículo 1.1 de la Constitución, lo que otorga a las prohibiciones y mandatos la categoría de excepcionales. Así, *El riesgo permitido*, 1995, p. 76, nota 130.

o a la necesidad preventiva de pena, en los supuestos de adecuación o tolerancia social, así como en el asentimiento fáctico no plenamente válido.

En todo caso, en orden a discernir cuándo nos hallamos ante una causa de justificación o una causa de atipicidad penal, el autor no aporta una receta general, sino que indica que el problema debe ser examinado en cada caso o grupo de casos, debiendo atenderse a la naturaleza de los intereses materiales que concurran en cada uno de ellos, mostrando esta materia una íntima relación con el principio jurídico procesal de oportunidad.

Por consiguiente, y en relación con las causas de justificación previstas en nuestro Código penal, el procedimiento consistiría en partir de la hipótesis mínima, delimitada por la exclusión por las mismas de la tipicidad penal de la conducta, para posteriormente demostrar, de acuerdo con la fundamentación material de dichas causas y conectando éstas con los principios rectores de los restantes ámbitos jurídicos, que asimismo queda excluida la antijuridicidad general de la conducta, lo cual, “salvo casos excepcionales”, considera que sucede que todas las reconocidas en nuestro Código Penal³³¹, por lo que los supuestos de exclusión de la tipicidad penal, en definitiva, parecen reconducirse por el autor a los supuestos mencionados por LUZÓN.

c') Consideraciones críticas sobre el establecimiento de una categoría de causas de exclusión de la tipicidad penal

Las denominadas “causas de exclusión de la tipicidad penal” ostentan, sin duda, la virtualidad de introducir criterios de

³³¹ PAREDES CASTAÑÓN, J.M., *El riesgo permitido*, 1995, p. 77.

merecimiento y necesidad de pena en la configuración del injusto, atendiendo por consiguiente a la tarea de ponderar en este sede criterios teleológicos que vayan más allá de una estrecha vinculación a la referencia unívoca del bien jurídico protegido³³².

Así, el hecho de que pueda negarse la realización del tipo, aun encajando formalmente la conducta realizada en la descripción legal e incluso afectando materialmente y de un modo jurídicamente no irrelevante al bien jurídico, es ciertamente asumible desde la superación, ya consagrada en nuestra dogmática, de un concepto meramente descriptivo del tipo como el que en su día formularon BELING y DELITALA³³³.

Ahora bien, una vez afirmada la necesidad de introducir dichas valoraciones en el seno de la tipicidad, los casos planteados por LUZÓN presentan sin embargo la característica principal de atender a referencias valorativas incardinables, no en un escalón intermedio entre la tipicidad en sentido indiciario y la justificación, sino ya en el propio plano de la fundamentación del injusto.

Es cierto que en tales supuestos se ha producido una perturbación no irrelevante del bien jurídico acorde con la descripción abstracta de la Ley, y que nos hallamos en consecuencia ante la resolución de un conflicto concreto.

³³² En este sentido, denunciando la atrofia producida en la interpretación teleológica del tipo por la excesiva vinculación de ésta al elemento del bien jurídico, sin observancia de otras valoraciones como las derivadas de la exigencia de dañosidad social o las implicaciones del principio de *ultima ratio*, SCHÜNEMANN, B., *Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars. 1. Teil: Tatbestands- und Unrechtslehre*, GA 1985, pp. 351-352.

³³³ BELING, E., *Die Lehre vom Verbrechen*, 1906, pp. 145 y ss; 181; HIRSCH, H.J., *Die Diskussion über den Unrechtsbegriff in der deutschen Strafrechtswissenschaft und das Strafrechtssystem Delitalas*, en *Studi in memoria di G. Delitala*, 1984, p. 1933; el mismo, en *Die Stellung von Rechtfertigung und Entschuldigung*, 1991, pp. 28-32.

Sin embargo, ello no implica necesariamente la creación de una categoría nueva de causas excluyentes de la tipicidad, por lo demás con idénticos efectos a los que se derivan de las tradicionales causas de atipicidad³³⁴, sino que ya en el ámbito de la fundamentación del injusto las consideraciones de merecimiento y necesidad de pena aludidas por LUZÓN revisten igualmente eficacia, a través de la vigencia del principio de *ultima ratio* que impone la configuración de una desvalorización especialmente intensa del hecho.

En este sentido, los supuestos planteados por LUZÓN pueden resolverse con el instrumental dogmático que plantea la teoría de la imputación objetiva, constituyendo en mi opinión casos en los que de la situación concreta resulta que no ha podido verificarse el primer escalón de dicha teoría: la creación de un riesgo penalmente relevante.

Tras la normativización del tipo objetivo operada por la teoría de la imputación objetiva, los supuestos aludidos de insignificancia, tolerancia social, adecuación social, consentimiento³³⁵ o inexigibilidad penal general no vienen a mostrar sino ejemplos

³³⁴ Lo cual, como se ha dicho, es criticado por CUELLO CONTRERAS, J., *El derecho penal español*, PG, 3ª ed., 2002, p. 397, calificando dicha categoría de “farragosas subdivisiones”, en tanto en cuanto de ella “no se derive ninguna consecuencia que no quepa derivar de lo que hace la doctrina dominante reduciendo prácticamente la problemática a interpretación de la ley penal”.

³³⁵ Nótese la semejanza del caso planteado por LUZÓN con el consentimiento analizado por ROXIN y que constituye, a su juicio, uno de los escasos supuestos de exclusión del injusto penal en el sentido de GÜNTHER. No obstante, la divergencia de requisitos en la configuración del consentimiento en los órdenes civil y penal no debe obviar que en ningún caso se procede a analizar la conducta desde la perspectiva de una antijuridicidad general, sino sólo desde su eventual relevancia penal. *Vid.*, ROXIN, C., *ATI*, 4ª ed, 2006, 14/33-36. En este sentido, significativa también la expresión de SCHÜNEMANN, B., *Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft*, *ob. cit.* p. 353, que califica los supuestos de consentimiento mencionados como “casos de exclusión de la imputación del resultado”.

concretos de las restricciones teleológicas que deben acaecer en la configuración del injusto penal en orden a la delimitación del riesgo.

Hay que reconocer, por otra parte, que en estos casos se produce una exclusión del injusto típico, pero ello también sucede en los supuestos de concreción del riesgo en el resultado, así como en los vinculados al fin de protección de la norma, sin que por ello se sostenga a este respecto la necesidad de crear una nueva categoría de exclusión de la tipicidad.

En los supuestos mencionados, la ulterior producción de responsabilidad extrapenal no resulta, por otra parte, como en algunas de las causas de exclusión del injusto penal analizadas por GÜNTHER, de la considerable disminución del injusto que deja subsistente un ilícito no penal, sino que ya previamente no ha tenido lugar la conformación de dicho injusto típico³³⁶.

La introducción de tales causas es reflejo, en mi opinión, de una concepción del tipo indiciario excesivamente orientada a la perturbación del bien jurídico como referencia básica y a la descripción legal del hecho punible, lo que lleva al autor a introducir las restantes reflexiones político-criminales en una categoría adicional, cuyas referencias sin embargo pueden ser acogidas mediante las restricciones impuestas por la teoría de la imputación objetiva.

³³⁶ Una excepción a este respecto vendría representada por la aplicación del principio de insignificancia en los casos de concurrencia de justificación incompleta por un mínimo exceso y adicionalmente otras atenuantes, a que hace referencia LUZÓN. Sin embargo, difícilmente podría hablarse en este caso de una causa de exclusión de la “tipicidad penal”, sino que en tales casos la tipicidad concurre plenamente, debatiéndose más bien, como la propia referencia a la causa de justificación demuestra, si el grado de injusto resultante tras la apreciación de ésta es suficiente para afirmar una “justificación” exclusivamente penal de la conducta.

La necesidad de poner de manifiesto dichos supuestos se relaciona asimismo con un dualismo erróneo cual es el que presupone una concepción del tipo legal desvinculada de las consideraciones de merecimiento de pena, frente a una justificación en la que el elemento relevante viene dado por la compatibilidad de la conducta con las exigencias del ordenamiento jurídico en su conjunto, por lo que los criterios específicamente penales conducen a una nueva categoría³³⁷.

Desde el momento, sin embargo, en que tales referencias teleológicas tienen lugar ya en la interpretación teleológica del tipo, la introducción de una nueva categoría a este respecto no resulta necesaria.

La producción, en tales casos, de otra clase de responsabilidad deviene perfectamente lógica, ya que el hecho de no concurrir en la conducta la especial desaprobación jurídica propia del injusto penal deja abierta la posibilidad de sanción delimitada bajo los presupuestos de otra rama jurídica, lo cual es congruente con la mera negación del tipo producida³³⁸.

³³⁷ En esta línea deben situarse las manifestaciones de KÜPER, W., *Der entschuldigende Notstand- ein Rechtfertigungsgrund?*, JZ 1983, p. 95, el cual, al proceder a tal diferenciación, concluye con la posibilidad de que junto a las causas de justificación pueda existir una categoría especial de causas de exclusión del injusto penal, que sometan el injusto descrito en el tipo penal bajo el límite del merecimiento de pena, pero que en ningún caso se trataría de unas causas de justificación en sentido propio.

³³⁸ Así, en relación con la diversidad de situaciones agrupadas bajo la idea de corrección social de los tipos, aludiendo el autor al reconocimiento general, legitimación grupal, insignificancia social y riesgo permitido, ROLDÁN BARBERO, H., *Adecuación Social y Teoría Jurídica del Delito*, Servicio de Publicaciones, Universidad de Córdoba, 1992, pp. 119-122, el cual se refiere expresamente a la posibilidad de responsabilidad civil en tales casos, apoyándose en criterios de graduación del injusto que conlleven que el Derecho penal se ocupe de las conductas más disvaliosas, frente al resto de los sectores jurídicos.

Lo anterior no obsta al carácter criticable que presenta igualmente la postura situada en el lado opuesto a la esbozada por LUZÓN, en la medida en que toma como argumento en contra de la creación de una categoría intermedia la concepción de una justificación entendida en sentido exclusivamente unitario.

En este sentido, los autores partidarios de la misma proceden consecuentemente a introducir las reflexiones político-criminales propias del injusto únicamente en el tipo, ya que a la justificación se niega su significado penal, limitándose su función en la tarea sistemática de vincular el Derecho penal al conjunto del ordenamiento jurídico.³³⁹

No obstante, frente a ello las referencias teleológicas derivadas del merecimiento de pena y necesidad de pena deben tener también su expresión en la categoría de la justificación.

El carácter meritorio de la construcción de LUZÓN, en cuanto evidencia la necesidad de tales consideraciones, se ve sin embargo desvirtuado por remitirlas al plano de la tipicidad y no situar su campo de acción allí donde radicó la novedad del planteamiento de GÜNTHER: en el plano de una antijuridicidad específicamente penal³⁴⁰.

³³⁹ A este respecto resulta significativa la posición de TRIFFTERER, O., *Österreichisches Strafrecht*, AT, Wien, 1985, pp. 203-204, el cual reconduce precisamente todas las causas de exclusión del injusto penal a la consideración de causas de exclusión del tipo, mientras que en la categoría de la justificación se trataría de comportamientos que, siendo penalmente relevantes, se excluye la antijuridicidad en todos los sectores del Derecho con base en una norma permisiva general, no residiendo por tanto en este ámbito ninguna referencia específicamente penal.

³⁴⁰ Sin perjuicio de que el propio GÜNTHER también confunda en algunas de sus propuestas como causas de exclusión del injusto penal los ámbitos del tipo y antijuridicidad, como sucede como analizamos a continuación en la salvaguarda de intereses legítimos del parágrafo 193 del StGB o en la cláusula de reprobabilidad en las coacciones y chantaje.

C) EL PUNTO DE VISTA DE HANS LUDWIG GÜNTHER Y SU INFLUENCIA EN DESARROLLOS POSTERIORES

a') Planteamiento

La construcción de un sistema de justificación penal orientado teleológicamente alcanza en la obra de Hans Ludwig Günther y su escrito de habilitación publicado en 1983, *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss*, su máximo exponente. En especial, del desarrollo que efectúa el autor del concepto de antijuridicidad específicamente penal y su original distinción entre causas genuinas y causas no genuinas de exclusión del injusto penal, que ha marcado el debate en este ámbito en los años posteriores, no exento de numerosas críticas a dicha distinción.

Precisamente la intensidad de la discusión planteada ha dado lugar a la introducción de su teoría en el seno de nuestro debate doctrinal³⁴¹, aunque sin duda la importancia de su contribución va más allá de la introducción de una nueva subdivisión sistemática intermedia entre el injusto y la culpabilidad, o entre la tipicidad indiciaria y la justificación general, sino en replantear la vinculación de la teoría de la justificación penal a los contenidos político-criminales.

En este sentido, parte el autor de una nítida delimitación entre el concepto de antijuridicidad penal, que califica la antijuridicidad como elemento del hecho punible, y el concepto general de

³⁴¹ Como refleja la discusión de su concepto de antijuridicidad en DÍEZ RIPOLLES, J.L., *La categoría de la antijuridicidad en Derecho penal*, en Causas de Justificación y de atipicidad en Derecho penal, ed. Aranzadi, 1995, pp. 87-170 y LAURENZO COPELLO, P., *El aborto no punible*, ed. Bosch, 1990, pp. 289-319.

antijuridicidad de la teoría general del derecho y de la filosofía del Derecho³⁴².

Ésta última cumpliría la función de discernir los límites entre Derecho e injusto, con efectos para el conjunto del ordenamiento jurídico, mientras que a la antijuridicidad penal le correspondería la tarea de seleccionar de entre el conjunto de comportamientos antijurídicos aquéllos que realizan el injusto cualificado desde una perspectiva teleológica-penal, que comportan en definitiva un injusto merecedor de pena.

Por consiguiente, en correspondencia con el elemento del hecho punible de la tipicidad penal, también en el seno de la antijuridicidad deberán analizarse los límites entre el injusto merecedor de pena por un lado y la acción permitida o en su caso antijurídica, pero no merecedora de pena, por otro.

La unidad del juicio de antijuridicidad, desde el punto de vista de Günther, es válida para el concepto de antijuridicidad formal, pero no para la antijuridicidad penal como elemento del delito. En esta sede únicamente debe examinarse si el injusto típico relevante penalmente concurre o no.

³⁴² *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss*, pp. 83-86; 89-177; *Klassifikation der Rechtsfertigungsgründe im Strafrecht*, FS für Spendel, 1992, pp. 189-193 (versión algo modificada en castellano en *La clasificación de las causas de justificación en Derecho penal*, Causas de Justificación y de Atipicidad en Derecho Penal, Luzón Peña/Mir Puig, ed. Aranzadi, 1995, pp. 45-66); SK StGB, 2014, ante parágrafo 32, nm. 30-36; *Rechtfertigungs und Entschuldigungsgründe in einem teleologischen Verbrechenssystem*, en *Rechtfertigung und Entschuldigung. Rechtsvergleichende Perspektiven*, Hrg. Eser-Fletcher, Friburgo, 1987, pp. 368-378; *Verwerflichkeit von Nötigungen trotz Rechtfertigungsnähe, Zugleich ein Beitrag zur Sitzblockadeproblematik*; en FS für Jürgen Baumann, 1992, pp.216-218; *Grade des Unrechts und Strafzumessung*, en *Kriminalität, Persönlichkeit, Lebensgesichte, und Verhalten*, FS für Hans Göppinger, 1990, pp. 460-462; *Mordunrechtsmindernde Rechtfertigungselemente*, JR 1985, p. 275.

Por consiguiente, considera que es no sólo procedente sino incluso necesario el concepto de una antijuridicidad específicamente penal, en aras de diferenciar con precisión entre dicho concepto general unitario de antijuridicidad y el elemento del delito constitutivo del injusto que debe ser configurado en atención a su finalidad.

Los injustos definidos por cada una de las ramas del Derecho se diferencian teleológicamente entre sí en virtud de los fines y sanciones específicos de cada materia jurídica³⁴³.

A través de este elemento del delito no tiene lugar un juicio de antijuridicidad o conformidad a Derecho de la conducta desde el punto de vista del conjunto del ordenamiento jurídico (principio de unidad del ordenamiento), sino exclusivamente un examen de la efectiva concurrencia del injusto indiciario una vez afirmada la infracción de la norma primaria configurada penalmente.

De este modo, el concepto de merecimiento de pena se alza como pieza central de su sistema, concebido como concreción penal del principio constitucional de proporcionalidad, en el que se condensarían todos los fines del Derecho penal³⁴⁴. Entiende Günther que nos hallamos ante un mandato que subyace a todos los elementos del hecho delictivo (la llamada ubicuidad del merecimiento de pena) y por consiguiente también debe ejercer su

³⁴³ SK StGB, 2014, ante parágrafo 32, nms. 35; 60-70; *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss*, pp. 66-80; 89-100; *Rechtfertigung und Entschuldigung in einem teleologischen Verbrechenssystem*, pp. 375-377.

³⁴⁴ *Klassifikation der Rechtfertigungsgründe im Strafrecht, FS für Spendel*, 1992, pp. 190-192 *Rechtfertigung und Entschuldigungsgründe in einem teleologischen Verbrechenssystem, en Rechtfertigung und Entschuldigung. Rechtsvergleichende Perspektiven*, Hrg. Eser-Fletcher, Friburgo, 1987, pp. 367-368; *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss*, pp. 247-248.

influjo en el ámbito tradicionalmente no determinado con base en referencias teleológicas de la antijuridicidad penal³⁴⁵.

La antijuridicidad así concebida expresa la forma más grave de desaprobación de la conducta, por lo que en consecuencia ésta debe decaer no sólo en los supuestos de permisión o aprobación general del comportamiento desde el punto de vista del conjunto del ordenamiento jurídico, sino que será suficiente a estos efectos la ausencia del contenido del merecimiento de pena del hecho.

El merecimiento de pena es considerado por tanto como la expresión en el ámbito penal del principio constitucional de proporcionalidad, que abarca el aspecto determinado conforme a su función del Derecho penal, en concreto, la orientación a las consecuencias del hecho punible.

A través de su configuración teleológica, el principio de proporcionalidad actúa en Günther como la referencia fundamental de todos los presupuestos de criminalización del comportamiento, exigiendo la presencia de un injusto cualificado, frente a los principios constitucionales de idoneidad y necesidad de la sanción, cuyo anclaje conceptual deberá tener lugar en otros ámbitos de la teoría del delito³⁴⁶.

³⁴⁵ Junto al principio de proporcionalidad, el autor se refiere a los principios constitucionales de idoneidad y necesidad de la pena, si bien rechazando la virtualidad discriminadora de estos dos últimos principios en sede de antijuridicidad.

³⁴⁶ Por lo que concierne al principio de idoneidad o aptitud, éste se hallaría orientado a los intereses de la víctima, en la medida en que los mandatos y prohibiciones deben requerir al menos la protección de un bien jurídico de la víctima. Sin embargo, a juicio del autor, a la categoría de la antijuridicidad penal no le corresponde analizar la lesión de los intereses de las víctimas, sino si los contra-intereses del autor justifican la retirada de la protección penal al bien jurídico del sujeto pasivo protegido en el tipo. El principio de idoneidad se muestra por tanto relevante a los solos efectos de determinar las conductas típicamente relevantes, no en cambio como criterio delimitador para la antijuridicidad penal y las causas de exclusión del injusto penal. En lo atinente

La referencia al principio constitucional de proporcionalidad y su expresión penal concretada en el merecimiento de pena conducen al autor a emprender un giro radical al tradicional entendimiento de la dogmática de la justificación penal.

La antijuridicidad penal ostentaría la tarea, al igual que acaece en el ámbito del tipo, de abarcar el injusto merecedor de pena. Antijurídico no es por tanto sinónimo de antijurídico penalmente, como defiende la concepción unitaria, sino de “merecedor de pena” (*Strafwurdig*).

Por consiguiente, la concepción dominante de la antijuridicidad, al sancionar comportamientos que no llegan al umbral de lo permitido desde el punto de vista del ordenamiento jurídico global, pero sí se hallan debido a la introducción de consideraciones teleológicas por debajo de lo requerido por la sanción penal, infringe el principio constitucional de proporcionalidad³⁴⁷.

En orden a la exclusión del injusto, la cuestión fundamental se centra en determinar si a pesar de la presencia de un desvalor de acción y un desvalor de resultado típico puede afirmarse un injusto relevante penalmente, un injusto cualificado que ostente la

al principio constitucional de necesidad del medio, también conocido como el mandato de mínima intervención, entiende Günther que dicho principio es válido como límite constitucional de la criminalización de comportamientos para el concepto de injusto penal, tanto para su fundamentación como en orden a su exclusión, al comparar la intensidad de la intervención de diferentes medios y ordenar el uso del menos lesivo de medidas igualmente eficaces. No obstante, la respuesta a la pregunta de por qué la imposición de una pena puede ser considerada como inapropiada en el contexto situacional concreto sólo puede ofrecerla el principio de proporcionalidad en sentido estricto. Vid. *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss*, pp. 183-248.

³⁴⁷ *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss*, pp. 210-246.

gravedad necesaria para cumplir con la referencia teleológica del merecimiento de pena³⁴⁸.

Desde la perspectiva de la negación del injusto, la función de las causas de exclusión del injusto penal no puede en consecuencia residir en determinar la exclusión de la antijuridicidad de la realización del tipo, sino en la falta de merecimiento de pena. En lugar de la aprobación jurídica aparece como efecto de la exclusión del injusto penal la renuncia a la desaprobación penal.

Este concepto específico de antijuridicidad permite al autor cubrir ciertas lagunas en el ámbito de la justificación penal. A través de la reducción de las exigencias normativas a la ausencia del contenido suficiente de merecimiento de pena, se permite la introducción de consideraciones de graduación del injusto en aras de la eliminación del ilícito previamente afirmado en el tipo³⁴⁹.

Así, las referencias teleológicas incardinadas en el elemento de delito “antijuridicidad penal” conducen a apreciar la exención de

³⁴⁸ *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss*, 235-248; p. 248: “El elemento del delito “antijuridicidad penal” es un concepto teleológico penal”; el mismo, en *SK StGB*, 2014, ante parágrafo 32, nm. 37: “Que debe distinguirse el juicio sobre la antijuridicidad penal de una infracción típica de la norma de la antijuridicidad de una acción en relación con el conjunto del ordenamiento jurídico, se hace patente igualmente en el ámbito interno del Derecho Penal. Como elemento del hecho punible la antijuridicidad penal no examina si la acción es contraria o conforme a Derecho en el conjunto del ordenamiento, más bien solamente, si el injusto indiciario a través de la infracción contra la norma primaria configurada típicamente concurre o no”; *Verwerflichkeit von Nötigungen trotz Rechtfertigungsnähe*, FS für Jürgen Baumann, 1992, p. 217; *Rechtfertigung und Entschuldigungsgründe in einem teleologischen Verbrechenssystem*, en *Rechtfertigung und Entschuldigung. Rechtsvergleichende Perspektiven*, Hrg. Eser-Fletcher, Friburgo, 1987, pp. 378-386; *Klassifikation der Rechtfertigungsgründe im Strafrecht*, FS für Spindel, 1992, pp. 189-193; *Grade des Unrechts und Strafzumessung*, pp. 460-462; *Mordunrechtsmindernde Rechtfertigungselemente*, JR 1985, p. 274-275.

³⁴⁹ *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss*, pp. 114-118; *Rechtfertigung und Entschuldigung in einem teleologischen Verbrechenssystem*, pp. 385-386; *Grade des Unrechts und Strafzumessung*, FS für Goppinger, 1990, pp. 454, 458-462.

responsabilidad en los casos en que concurra una relevante disminución del injusto, insuficiente para afirmar la conformidad a Derecho de la conducta, pero no para renunciar a la desaprobación específicamente penal³⁵⁰.

Por tanto, la exclusión del injusto penal acaece no sólo en los casos de concurrencia de causas de justificación, a las que denomina en un primer momento causas impropias o no genuinas de exclusión del injusto penal (*unechten Strafunrechtsausschliessungsgründen*), o en los supuestos de proposiciones permisivas provenientes del derecho civil o el derecho administrativo, sino también por efecto de las llamadas causas de exclusión del injusto penal o causas propias o genuinas de exclusión del injusto (*echte Strafunrechtsausschliessungsgründen*). Éstas no requieren la aprobación de la realización del tipo por el conjunto del ordenamiento jurídico, sino únicamente la disminución del grado de injusto indiciariamente típico por debajo de los límites del merecimiento de pena del hecho³⁵¹.

Así, el autor distingue claramente entre los supuestos de recepción inalterada de causas de justificación generales en el ámbito del

³⁵⁰ *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss*, p. 115; *Verwerflichkeit von Nötigungen trotz Rechtfertigungsnähe? FS für Jürgen Baumann*, 1992, pp. 216-220.

³⁵¹ Distinta terminología, aunque con idéntica incardinación de causas, es empleada por el autor en su artículo *Klassifikation der Rechtfertigungsgründe im Strafrecht*, *FS für Spendel*, 1992 (versión en castellano modificada, *La clasificación de las causas de justificación*, en *Causas de justificación y de atipicidad en Derecho Penal*, Luzón Peña/Mir Puig coordinadores, ed, Aranzadi, 1995). En dicha obra, así como en *SK StGB*, 2014, ante parágrafo 32, nm. 45-59, distingue entre causas de justificación generales y causas especiales de exclusión del injusto penal. Las primeras incluyen los deberes jurídicos, la autorización garantizada constitucionalmente (derechos fundamentales) y los derechos de intromisión del autor para garantizar intereses preponderantes. La segunda categoría, que únicamente produciría sus efectos respecto de la antijuridicidad específicamente penal, abarca los derechos de intromisión del autor por renuncia del titular del bien jurídico (consentimiento y consentimiento presunto), las causas de limitación del tipo y las causas de atenuación o disminución del injusto.

derecho penal, tales como la legítima defensa (parágrafo 32 StGB) o el estado de necesidad (parágrafo 34 StGB), que conducen a la conformidad a Derecho de la acción típica, y las causas del exclusión del injusto penal, que aun determinando la calificación del hecho como antijurídico, no permiten afirmar la existencia de un injusto merecedor de la desaprobación específicamente penal.

En tales causas generales, ordenadas conforme a su eficacia justificante decreciente, se hallan en primer lugar los supuestos en que concurre un deber jurídico de realizar la conducta penalmente típica, como sucede cuando cabe afirmar en el caso concreto una posición de garante.

En segundo término, los supuestos de eficacia permisiva de derechos fundamentales, citándose por el autor los casos de ejercicio de los derechos fundamentales de reunión y manifestación, en los que por ejemplo unas eventuales coacciones típicas cometidas por los manifestantes a través de una sentada en la vía pública podrán ser justificadas conforme al ejercicio de tales derechos³⁵².

En un tercer escalón dentro de dichas causas de justificación generales se hallan los derechos de intervención de terceros para la protección de intereses preponderantes.

Nótese cómo aquí se parte por el autor de los supuestos incluidos por la doctrina tradicional como aquéllos que cumplen con los criterios identificadores de la justificación penal: la afirmación de

³⁵² *Klassifikation der Rechtfertigungsgründe im Strafrecht, FS für Spendel*, 1992, p. 193. Fundamental desarrollando la teoría de su maestro en relación concretamente con este ejemplo, vid. REICHERT-HAMMER, H., *Politische Fernziele und Unrecht, Ein Beitrag zur Lehre von der Strafrechtswidrigkeit unter besonderer Berücksichtigung der Verwerflichkeitsklausel des 240 Abs. 2 StGB*, pp. 120-159; 231-290 y *passim*.

un derecho de intervención con el correlativo deber de tolerancia por parte de la víctima de la intervención, como función irrenunciable del Derecho penal en la delimitación de esferas organizativas autónomas y en concreto de la categoría de la antijuridicidad.

Junto a la legítima defensa y el estado de necesidad antes citados como prototipos de estas causas de justificación, también se englobarían las bases de las pretensiones civiles y las facultades de intervención reguladas por el Derecho público. En la medida en que tales infracciones de la norma son autorizadas en el derecho civil o el derecho público, irradian su eficacia también al campo del Derecho penal³⁵³.

Por el contrario, en el terreno de las causas de exclusión del injusto penal se incluyen los supuestos de consentimiento y consentimiento presunto, las causas de exclusión del tipo y las causas de disminución del injusto, denominadas estas últimas en sus primeros escritos por Günther como “situaciones análogas al estado de necesidad” del parágrafo 34 del StGB³⁵⁴.

Como indica el autor, existen en primer término una serie de normas que excluyen la sanción penal limitadas a concretos tipos de injusto. Se trata de causas de justificación con un ámbito de aplicación especialmente limitado.

³⁵³ SK-StGB, 2014, ante parágrafo 32, nm. 49; *Klassifikation der Rechtfertigungsgründe im Strafrecht*, FS für Spendel, 1992, p. 194.

³⁵⁴ Tras utilizar dicha denominación en su escrito de habilitación, posteriormente y tras el magnífico artículo de Roxin, *Die notstandsähnliche Lage-ein Strafunrechtsausschliessungsgrund?*, FS für Oehler, ob. cit., pasará a referirse a tales supuestos de modo general como causas de disminución del injusto, abarcando los casos en que el autor rebasa los límites requeridos para la apreciación de las causas de justificación generales de modo insignificante o no relevante. Así, SK-StGB, 2014, ante parágrafo 32, nm. 53; *Klassifikation der Rechtfertigungsgründe im Strafrecht*, pp. 199-201.

Entre ellas cabe citar la salvaguarda de intereses legítimos en el tipo de injurias del parágrafo 193 del StGB³⁵⁵, las indicaciones del aborto del parágrafo 218 del StGB³⁵⁶, la llamada cláusula de reprobabilidad en las coacciones y amenazas (240.2 StGB y 253.2 StGB)³⁵⁷, el consentimiento, el consentimiento presunto³⁵⁸ y el derecho de corrección de padres y maestros³⁵⁹.

A su vez, el concepto de situación análoga al estado de necesidad viene determinado según Günther por la propia configuración de dicho precepto en el Código penal alemán, que requiere la esencial preponderancia de un interés para afirmar su concurrencia³⁶⁰.

³⁵⁵ Cláusula que el StGB refiere únicamente a los delitos de injurias, dejando a salvo la valoración de la conducta y sus efectos en la lesión del honor desde el punto de vista del derecho civil a través de las acciones de cesación o de indemnización por daños y perjuicios. Al ser conceptuada por Günther como mera causa de exclusión del injusto penal, los requisitos para su apreciación deben ser menores a los establecidos respecto del derecho fundamental a la libertad de expresión recogido en el artículo 5 de la Constitución alemana. *Klassifikation der Rechtfertigungsgründe im Strafrecht*, pp. 196-197; *La clasificación de las causas de justificación*, p. 56; *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss*, pp. 309-314.

³⁵⁶ El parágrafo 218 StGB no exige necesariamente la conformidad a Derecho de la interrupción del embarazo, sino que limita únicamente los presupuestos de su desaprobación penal, de ahí que deba incluirse entre las causas de exclusión del injusto penal. La exclusión del injusto se enmarcaría en el seno del Derecho Penal, pero los efectos civiles de la eficacia del contrato sobre tratamiento médico o los aspectos propios del Derecho laboral como el salario, las prestaciones del seguro de enfermedad o los subsidios quedarían al margen de la valoración. *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss*, pp. 314-322; *Klassifikation der Rechtfertigungsgründe im Strafrecht*, p. 197, *La clasificación de las causas de justificación*, pp. 56-57.

³⁵⁷ *Verwerflichkeit von Nötigungen trotz Rechtfertigungsnahe?*, FS für Jürgen Baumann, 1992, pp. 219-225; *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss*, pp. 322-323; *Klassifikation der Rechtfertigungsgründe im Strafrecht*, pp. 198; *La clasificación de las causas de justificación*, p. 56.

³⁵⁸ SK-StGB, 2014, ante parágrafo 32, nm. 51; *Klassifikation der Rechtfertigungsgründe im Strafrecht*, p. 195-196, *La clasificación de las causas de justificación*, p. 55.

³⁵⁹ *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss*, pp. 353-358; *Klassifikation der Rechtfertigungsgründe im Strafrecht*, pp. 200; *La clasificación de las causas de justificación*, pp. 57-59.

³⁶⁰ Critica dicho entendimiento del término “wesentlich” en clave puramente cuantitativa ROXIN, C., *Die notstandsähnliche Lage-ein Strafunrechtsausschliessungsgrund?*, p. 184, en cual por el contrario sostiene que debe equipararse a preponderancia clara, a los efectos de seguridad jurídica

Cuando uno de los intereses afectados predomina de modo insignificante o incluso no puede afirmarse esta preponderancia, nos hallaremos ante un supuesto de exclusión del injusto penal, pero no de la antijuridicidad general de la conducta.

La legítima defensa y el estado de necesidad precisan según el autor de su complemento a través de dicha causa de exclusión del injusto penal de “las situaciones análogas al estado de necesidad”, que debe ser construida *praeter legem*.

En este último grupo se incardinan por Günther los siguientes casos: la colisión de deberes (tanto de deberes de acción equivalentes, como de deberes equivalentes de acción y omisión), el estado de necesidad coactivo (*Nötigungsnotstand*), la legítima defensa preventiva, la legítima defensa ejercida rebasando las restricciones ético-sociales y las situaciones de conflicto existencial en el estado de necesidad defensivo³⁶¹.

Frente a las proposiciones permisivas de otros sectores del ordenamiento jurídico, las causas de exclusión del injusto penal como consecuencia de su orientación penal sólo tendrían eficacia para la exclusión del injusto merecedor de pena, pero no para la eliminación de la antijuridicidad del derecho civil o el derecho público.

Ello no quiere decir que la legítima defensa y el estado de necesidad de los parágrafos 32 y 34 del StGB no tengan como

frente a terceros: “La exigencia de un interés esencialmente preponderante únicamente puede ser por tanto concebida llena de sentido de modo que el interés protegido predomine sin duda, que la valoración de su preferencia en alguna medida debe ser evidente”.

³⁶¹ *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss*, pp. 326-341; *Mordunrechtsmindernde Rechtfertigungselemente*, JR 1985, pp. 274-275.

función la exclusión del injusto exclusivamente en el ámbito del Derecho penal. Si las causas de justificación recogidas en el Código penal deben producir efectos en otros sectores del ordenamiento, deberá ser analizado conforme a las referencias teleológicas específicas de cada rama del Derecho.

De acuerdo con este modelo diferenciador, el indicio de antijuridicidad contenido en el tipo de injusto es ya puesto en cuestión cuando los factores de agravación del injusto típico son compensados a través de factores de disminución no contemplados en el tipo (graduación del injusto).

Por lo que concierne a las consecuencias dogmáticas atribuidas a las causas de exclusión del injusto penal son las siguientes: el error sobre los presupuestos objetivos de éstas excluye el dolo, en aplicación de la teoría limitada de la culpabilidad, mientras que en el error sobre su existencia debe distinguirse: si el autor como consecuencia de su falsa valoración jurídica cree que actúa conforme a Derecho (error de prohibición) o sólo de forma no merecedora de pena. En este último caso no sería apreciable el error³⁶².

Por lo que respecta a la participación, la intervención en un hecho principal cubierto por una causa propia de exclusión del injusto penal debe ser siempre impune, porque a los efectos de

³⁶² *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss*, pp. 386-389; “La calificación de error de tipo permisivo calificaría de modo inapropiado al error sobre una causa propia de exclusión del injusto penal. En los casos de suposición errónea de los presupuestos objetivos de una causa propia de exclusión del injusto penal no se trata de si el autor asume erróneamente que su hecho puede apreciarse como permitido; más bien el autor se representa un supuesto de hecho que solamente excluye la subsunción de su comportamiento como un injusto merecedor de pena delimitado típicamente”, p. 387.

accesoriedad de la participación “antijurídico” se concibe como equivalente a “antijurídico penalmente”³⁶³.

En cambio, se sigue un criterio diverso respecto de los efectos que deben producirse en el ámbito de la legítima defensa del parágrafo 32, en relación con la llamada prueba de la legítima defensa (*Notwehrprobe*): así, las conductas que conllevan la apreciación de una causa de exclusión del injusto penal pueden configurar una agresión antijurídica susceptible de legítima defensa. La víctima de la intervención no ostenta un deber de tolerancia de la lesión de sus bienes jurídicos.

De esta manera, para la interpretación de las causas propias de exclusión del injusto penal el autor rompe con uno de los postulados básicos en materia de justificación: precisamente aquello que distingue a ésta frente a otras causas de exclusión de la pena en el edificio conceptual de la teoría del delito es el hecho de que en la justificación no se limita su alcance a su apreciación en un único sujeto, sino que aspira a producir efectos frente a terceros.

En cambio, Günther no atribuye ningún significado a la prueba de la legítima defensa, permitiendo éstas una solución diferenciada de los dos interrogantes que se suscitan al respecto en materia de justificación: si el autor ha cometido un injusto merecedor de pena, por un lado, y si la víctima debe aceptar o no un menoscabo de sus bienes jurídicos, por otro.

³⁶³ *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss*, pp. 390-391.

b') Críticas a la categoría de las causas genuinas de exclusión del injusto penal

La concepción de Günther en torno a una antijuridicidad específicamente penal y la introducción de una nueva categoría en esta sede, definida como las causas genuinas de exclusión del injusto penal, suscitó como ha sido subrayado uno de los debates más vivos y sugerentes que han tenido lugar en la dogmática académica de los últimos años.

En efecto, la discusión en torno a la procedencia de introducir en la teoría del delito un concepto de antijuridicidad específicamente penal se plasma a día de hoy prácticamente en todos los comentarios al StGB, que inician su reseña del previo al parágrafo 32 (relativo a cuestiones introductorias acerca de la justificación penal), con la mención de sus teorías y su influjo en la construcción de la teoría del delito³⁶⁴.

Las críticas a una construcción tan llamativa parten fundamentalmente de las siguientes objeciones³⁶⁵, que he clasificado en tres grandes bloques: por un lado, destacan en primer término los reproches basados en la falta de seguridad jurídica que dicha construcción ocasiona y en la innecesariedad de su introducción en el sistema del delito.

³⁶⁴ *Vid.*, en este sentido, LENCKNER/STERNBERG-LIEBEN, *SS-StGB*, 29 ed., 2014, ante parágrafo 32, nm. 9; GÜNTHER, H.L., *SK-StGB*, 2014, ante parágrafo 32, nm. 30-70; RONNAU, T., *LK-StGB*, 12 ed., 2015, ante parágrafo 32, nm. 24-26; PAEFFGEN, H-U., *NK-StGB*, 4ª ed., ante parágrafo 32, nm. 40-43; ROSENAU, *StGB-SK*, 2ª ed., 2014, ante parágrafo 32, nm. 6; SCHLEHOFER, *MK*, 2ª ed., 2011, ante parágrafo 32, nm. 58-64.

³⁶⁵ A pesar de las numerosas y fundamentadas críticas a su construcción, destaca de modo especial, como agudamente ha recalcado Rönnau, que la aprobación de la concepción de Günther se limite a sus presupuestos fundamentales, mientras que por el contrario la identificación y elaboración de las concretas causas propias de exclusión del injusto penal haya sido sometida a una crítica exarcebada, RONNAU, T., *LK-StGB*, 12ª ed., 2015, ante parágrafo 32, nm. 26.

Nos hallaríamos ante una nueva categoría superflua, porque los casos problemáticos que pretende englobar pueden ser encuadrados en las categorías dogmáticas tradicionales³⁶⁶. Además, tales supuestos no pueden ser solucionados sin más con la aplicación del principio de insignificancia y el denominado injusto de bagatela (*Bagatellunrecht*).

La falta de determinación y concreción de las causas de exclusión del injusto penal, en la medida en que parecen consagrar una causa general extralegal de exclusión del injusto consistente en la disminución del merecimiento de pena, no sería necesaria dada la configuración actual de la antijuridicidad en la teoría del delito³⁶⁷.

Las alusiones a la vaguedad y relatividad jurídica que conllevan tales causas supralegales de exención de responsabilidad conducen a idénticas críticas que las formuladas en su momento contra la idea de inexigibilidad como fundamento de una causa

³⁶⁶ CORTÉS ROSA, M., *La función de la delimitación de injusto y culpabilidad en el sistema del derecho penal*, en Fundamentos de un sistema europeo de Derecho Penal, Libro Homenaje a Claus Roxin, J.M. Editor, S.A., 1995, pp. 267-278. Con base en los ejemplos de la colisión de deberes de actuar equivalentes y el consentimiento presunto, el autor niega la necesidad de la una nueva categoría intermedia entre las causas de justificación y las causas de exculpación, afirmando que las causas de exclusión del injusto penal se componen en parte, como en el caso de reprobación de una coacción, de una restricción del tipo delictivo, y en otros supuestos se trata de causas de justificación y de exculpación interpretadas de manera errónea, *ob. cit.*, p. 271.

³⁶⁷ En este sentido, RUDOLPHI, *GS für Armin Kaufmann*, p. 376: “La teoría desarrollada por Günther no es necesaria para explicar el Derecho vigente, y no se precisa de ésta tampoco para confirmar que la pena presupone un injusto y una culpabilidad en una medida determinada relevante penalmente, es decir, merecedora de pena (...) Porque esto conduce en última consecuencia al reconocimiento de una causa general extralegal de exclusión del injusto penal de disminución del merecimiento de pena, que hace decaer totalmente la punibilidad o la punibilidad del tipo cualificado. Esto significa sin embargo en atención a la falta de determinación del concepto de merecimiento de pena y los amplios márgenes de valoración, que el principio de proporcionalidad abre al aplicador del Derecho, no sólo una inseguridad jurídica intolerable, y un aumento inaceptable de la discrecionalidad judicial para la determinación del injusto penal, sino que no sería incompatible con el Derecho vigente”.

general supralegal de exculpación³⁶⁸. En efecto, la disminución de contenido de injusto o de la culpabilidad no determinan de por sí la exención de responsabilidad penal por consideraciones de insignificancia del desvalor residual de la conducta, como demuestra el principio de oportunidad procesal contenido en el párrafo 153 del StPO.

La inseguridad jurídica que puede generar el modelo diferenciador de antijuridicidad se conecta igualmente con la función básica de la norma primaria: en caso de negarse a las causas de justificación su eficacia general para el conjunto del ordenamiento jurídico, el ciudadano no estará en condiciones de saber a qué atenerse en la resolución del conflicto con otras esferas de organización ajenas.

Se ataca de este modo uno de los pilares básicos del edificio conceptual, de tal modo que un mismo comportamiento puede estar prohibido en un sector del ordenamiento pero permitido en otro.

La concepción de Günther implicaría *de facto* una ruptura de la dicotomía norma de conducta-norma de sanción como pilar básico

³⁶⁸ Introducen en su crítica a Günther objeciones relativas a la falta de seguridad jurídica, entre otros, WEBER, U., *Rezension zu Hans-Ludwig Günther, Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss*, JZ, 1984, pp. 276-278; ROXIN, C., *Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe in Abgrenzung von sonstigen Strafausschliessungsgründen, en Rechtfertigung und Entschuldigung-Rechtsvergleichende Perspektiven*, Band I, 1987, pp. 255 y ss; el mismo, en *Der durch Menschen ausgelöste Defensivnotstand, FS für Hans-Heinrich Jescheck*, I, 1985, pp. 457-484; p. 468 (si bien admitiendo, como ha sido reseñado, la posibilidad de reglas específicamente penales de exclusión del injusto); LENCKNER/STERNBERG-LIEBEN, *SS-StGB*, 29 ed., 2014, ante párrafo 32, nm. 9; BAUMANN/WEBER/MITSCH, *AT*, párrafo 16, nm. 36 y ss.; HASSEMER, W., *Rezension zu Hans-Ludwig Günther Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss*, NJW 1984, pp. 351-352; el mismo, en *Rechtfertigung und Entschuldigung im Strafrecht. Thesen und Kommentare*, pp. 189-191; HIRSCH, H.J., *LK-StGB*, ante párrafo 32, nm. 10.

de la estructura del delito³⁶⁹, vaciando de contenido la función primordial de la antijuridicidad en su tarea de delimitar frente a terceros en situaciones de conflicto de intereses el comportamiento conforme a Derecho y el deber de tolerancia del afectado por la intervención³⁷⁰.

Por su parte, Gropp considera que la introducción de la categoría de las causas de exclusión del injusto penal se orienta más a la necesidad de una declaración ética que al contenido de sus consecuencias prácticas.

Con la clasificación de las indicaciones en el aborto como causa de justificación, Günther consideraría que a dicha calificación se anuda una valoración positiva. Por el contrario, no siempre la justificación jurídica lleva consigo una justificación ética³⁷¹.

En el mismo error incurriría la teoría del espacio libre del derecho que hemos examinado, en cuanto parte de que en determinadas situaciones de conflicto existencial el Derecho debe dar marcha atrás y aceptar cualquier decisión del afectado.

Sin embargo, si bien la teoría del ámbito libre del Derecho puede convencer éticamente, dogmáticamente no es posible la ausencia de determinación normativa, porque el Derecho debe tomar para cada situación vital una decisión acerca de qué está permitido y qué está prohibido. Precisamente al final de su argumentación los

³⁶⁹ En este sentido, APPEL, I., *Verfassung und Strafe*, 1998, p. 455 y ss y GÖSSEL, *Rezension zu Hans-Ludwig Günther Strafrechtswidrigkeit und Straunrechtsausschluss*, GA 1984, p. 522.

³⁷⁰ Que conduciría en ocasiones a la anarquía y el caos, como señala Roxin, en supuestos como el del derecho de corrección de los maestros, en la medida en que no estaría excluida a los alumnos la posibilidad de ejercitar la legítima defensa, ROXIN, C., *Rechtfertigungs – und Entschuldigungsgründe in Abgrenzung von sonstigen Strafausschliessungsgründen*, p. 255.

³⁷¹ GROPP, W., AT, 4ª ed, 2015, p. 181.

partidarios de la teoría del ámbito libre del derecho terminan reconduciendo los supuestos analizados, bien a una causa de justificación, o bien a una causa de exculpación.

En esta línea se halla el segundo gran bloque de críticas que se han dirigido a la concepción diferenciadora teleológica: la confusión que acarrea entre las categorías del injusto y la culpabilidad, mezclando elementos propios de las causas de justificación con aquellos que caracterizan a las eximentes exculpantes y, en consecuencia, desbordando los límites entre justificación y exculpación en Derecho penal.³⁷²

Las causas de exclusión del injusto penal se asemejan por un lado en lo concerniente a sus efectos en materia de participación y error a las causas de justificación. Sin embargo, por lo que respecta a la

³⁷² ROXIN, C., *Die notstandsähnliche Lage ein Strafunrechtsausschliessungsgrund?* pp. 195-196; el mismo, en *Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe in Abgrenzung von sonstigen Strafausschliessungsgründen*, pp. 233-238; *Strafrecht, AT*, I, parágrafo 16 nm. 128; BAGIGALUPO, E., *Unrechtsminderung und Tatverantwortung, en GS für Armin Kaufmann*, pp. 460, 467-470, que prefiere situar la relevancia dogmática de la graduación del injusto como hemos visto en la categoría de la responsabilidad por el hecho, en aras de no desvirtuar la función preventiva de la antijuridicidad. El autor critica igualmente el criterio seguido en materia de participación en un hecho cubierto por una causa de exclusión del injusto penal (ejemplo, participación en una situación análoga al estado de necesidad) mientras que la participación en un hecho cubierto por una causa de exculpación, que se fundamenta igualmente en la disminución del injusto, no conduce a la exención de responsabilidad. Lo mismo acaecería con el criterio seguido en materia de medidas de seguridad. A su vez, para Bacigalupo, la teoría de Günther no sólo mezcla elementos del injusto y de la culpabilidad, sino también de las llamadas causas objetivas de levantamiento de pena, que eximen asimismo al partícipe. Asimismo, para Bacigalupo el principio de proporcionalidad como clave central del pensamiento de Günther no condiciona la categoría del sistema del delito en que debe ser contemplada el merecimiento de pena. Ésta no sólo tiene la tarea de realización del principio constitucional de proporcionalidad, sino también refleja criterios preventivos que deben ser inferidos de la función protectora del Derecho penal. El Derecho penal debe distinguir entre aquellos supuestos en que la ausencia de pena no afecta a la validez de la norma de aquellos en que precisa una ratificación de ésta. Esto último sería obviado por Günther, renunciando a la función preventiva que debe concurrir en las categorías de la justificación y de la exculpación, *Unrechtsminderung und Tatverantwortung*, p. 470.

legítima defensa frente a una acción no merecedora de pena la estructura es idéntica a las causas de exculpación, dando lugar a la voladura del sistema del delito denunciada por Hirsch³⁷³.

De esta manera se mezclan consecuencias jurídicas propias de las causas de justificación y exculpación sin que resulte fundamentada la necesidad de la nueva subdivisión dogmática³⁷⁴.

La confusión entre ambas categorías se refleja con nitidez en la calificación como causas de exclusión del injusto penal de los supuestos en que se sobrepasan de modo insignificante los límites de una causa de justificación.

Ante la concurrencia de una disminución del injusto afirmar la justificación de la conducta atacaría según la doctrina mayoritaria el principio de legalidad como referencia político-criminal válida en sede de tipicidad, al tiempo que las consecuencias dogmáticas atribuidas a tal subdivisión no podrían ser explicadas de modo satisfactorio³⁷⁵.

³⁷³ HIRSCH, H.J., *LK-StGB*, ante párrafo 32, nm. 10; el mismo, *Rechtfertigungsgründe und Analogieverbot*, en *GS für Zong Uk Tjong*, 1985, p.60: “en la medida en que se introduce el punto de vista del merecimiento de pena en el plano de la exclusión del injusto, se sustrae al elemento del delito de la antijuridicidad la función que le es propia, esto es, aquella que indica una infracción contra el conjunto del ordenamiento jurídico, y amenaza de este modo con confundir los límites entre exclusión del injusto por un lado y exculpación y exclusión personal de la pena, por otro”.

³⁷⁴ Schünemann apunta que la construcción de Günther “amenaza con conducir a la disolución del sistema del Derecho penal, porque con esta distinción injusto y culpabilidad se funcionalizan por igual desde el punto de vista de los fines de la pena, no resultando fácil encontrar un criterio de escalonamiento inequívoco, ya que con esta inclusión, criterios puramente externos, como por ejemplo la distinción entre hechos objetivos y subjetivos, han perdido toda capacidad delimitadora”, SCHÜNEMANN, B., *La función de la delimitación de injusto y culpabilidad*, en *Fundamentos de un sistema europeo de Derecho Penal*, Libro-Homenaje a Claus Roxin, J.M. Bosch Editor, 1995, pp. 208; 242-244.

³⁷⁵ LENCKNER/STERNBERG-LIEBEN, *SS/StGB*, 29ª ed., 2014, ante párrafo 32, nm. 9; PAEFFGEN, H.U., *NK-StGB*, 4ª ed., ante párrafo 32, nm. 43; RUDOLPHI, H.J., *Rechtfertigungsgründe im Strafrecht*, *GS für Armin Kaufmann*, pp. 374 y ss.; WOLTER, J., *GA* 1996, pp. 224 y ss.

En tercer lugar, un sector mayoritario de las objeciones formuladas a la teoría de Günther gira en torno a las contradicciones normativas que se derivan de su concepto diferenciador de la antijuridicidad.

El Derecho constituiría una unidad cerrada en la que no pueden ser admitidos juicios separados de antijuridicidad. Con base en el principio de unidad del ordenamiento jurídico, la misma acción o una acción de la misma clase no puede estar al mismo tiempo prohibida y permitida.

De este modo, las especificidades materiales de cada sector del ordenamiento (antijuridicidad material) en la determinación del injusto deben quedar reservadas al plano del tipo y de las consecuencias jurídicas (pena, indemnización de daños y perjuicios, despido) pero el juicio de antijuridicidad formal en todo caso deberá ser determinado unitariamente en atención al conjunto del ordenamiento jurídico.

El propio autor ha concretado el alcance de su concepción ante las numerosas críticas recibidas. Por lo que concierne a la falta de determinación de su propuesta y las inseguridades que genera el reconocimiento de una causa supralegal de exclusión del injusto penal basada en la disminución del contenido de injusto de la conducta típica, Günther niega la existencia de dicha causa supralegal fundamentada en la mera disminución del merecimiento de pena.

Por el contrario, nos hallamos en el marco de la relación de regla-excepción del injusto indiciario típico por un lado, y de contra indicios negativos en situaciones excepcionales atípicas, por otro.

La causa de exclusión del injusto se orientaría, como también la causa de justificación en sentido tradicional, a los valores de acción y resultado que deben compensar los desvalores de acción y resultado de la acción típica en el marco de una colisión de intereses³⁷⁶.

Esta operación no requeriría la afirmación de una preponderancia esencial de los intereses finalmente protegidos, sino una justificación parcial que sea apta para disminuir de modo relevante el injusto.

Por tanto, este grupo de causas se diferencia exclusivamente de las causas de justificación, a juicio de Günther, en su criterio de ponderación. Tal supuesto no atacaría ninguna valoración legal contraria a la contenida en el parágrafo 34 del Código penal alemán³⁷⁷.

A diferencia de las causas de justificación, las causas de exclusión del injusto se hallan sujetas al ámbito de validez del artículo 103 II de la Constitución alemana³⁷⁸.

Junto a ello otro argumento a favor de la mayor seguridad jurídica y sujeción al principio de legalidad vendría dado por la habitual conexión de tales causas con determinados tipos penales, como acaece en el caso del consentimiento o en la salvaguarda de

³⁷⁶ GÜNTHER, H.L., *SK-StGB*, 2014, ante parágrafo 32, nm. 43; el mismo, en *Rechtfertigung und Entschuldigung in einem teleologischen Verbrechenssystem*, pp. 390 y ss.

³⁷⁷ En caso contrario, señala Günther, tampoco cabría reconocer la colisión de deberes como causa de justificación, vid. *SK-StGB*, 2014, ante parágrafo 32, nms. 43-44.

³⁷⁸ Art. 103 (2) GG (principio de legalidad penal): “Un hecho sólo puede ser penado, cuando la punibilidad fue determinada legalmente antes de que fuera cometido el hecho”.

intereses legítimos en las injurias, por lo que no cabe afirmar que conlleven un incremento amenazante de la discrecionalidad judicial. Esta solución sería preferible a dejar la decisión final sobre la punición de una conducta a criterios de oportunidad procesal de la Fiscalía correspondiente, en el marco de los parágrafos 153 y 153 a de la StPO.

Por lo que respecta a las objeciones de confusión de los planos del binomio injusto y culpabilidad, y en definitiva de los límites entre justificación y exculpación, señala Günther que la causa de exclusión del injusto se orienta aunque no de manera ilimitada al comportamiento atípico y que las coincidencias parciales con las causas de exculpación en su configuración se deben a que éstas también se fundamentan en una disminución del injusto.

La objeción no afectaría por tanto a su concepción, sino a las estrictas exigencias de la teoría tradicional de la justificación para eximir un comportamiento, que conllevan que la consideración de la disminución del injusto tenga lugar en el ámbito de la exculpación³⁷⁹.

³⁷⁹ Ello explicaría que los críticos de la categoría de las causas de exclusión del injusto aboguen por la exención del partícipe en un hecho exculpado conforme al parágrafo 35 del Código penal alemán o cuando menos por una disminución de la pena, vid. *SK-StGB*, 2014, ante parágrafo 32, nm. 44. Critica igualmente Günther la falta de congruencia de Roxin, al defender un sistema orientado político-criminalmente y al mismo tiempo negar virtualidad a las referencias teleológicas del autor en el ámbito de la justificación, cuando a menudo la delimitación entre fundamentación y exclusión del injusto depende de un acto formal del legislador. Por tanto, no puede convencer que ambas categorías persigan fines político-criminales tan dispares, vid. *Rechtfertigung und Entschuldigung in einem teleologischen Verbrechenssystem*, p. 390. Sistematiza todas las críticas llevadas a cabo a la teoría de la antijuridicidad específicamente penal, en 9 apartados, su discípulo REICHERT-HAMMER, H., *Politische Fernziele und Unrecht*, pp. 231-254, en concreto cita las siguientes: 1) La elección del comportamiento penalmente típico se determina exclusivamente a través de los tipos penales 2) la teoría de la antijuridicidad penal contradice el mandato de unidad del ordenamiento jurídico 3) El injusto penal no es necesariamente un injusto cualificado 4) Graves objeciones de seguridad jurídica 5) los conceptos diferenciados de antijuridicidad conducen a la inseguridad del ciudadano 6) las consecuencias dogmáticas penales conducen a la anarquía y al caos 7) el

c') Valoración de la influencia de la concepción diferenciadora en la teoría tradicional del delito

Las anteriores consideraciones ponen de manifiesto como objeción más relevante formulada al concepto de una antijuridicidad específicamente penal la atinente al carácter innecesario de ésta.

El instrumental dogmático existente hasta la fecha permitiría satisfacer todos los supuestos abarcados, sin requerir ulteriores subdivisiones sistemáticas que no obedecen a presupuestos axiológicos diferentes de los ya englobados por las categorías tradicionales³⁸⁰.

La misma objeción que la formulada por el estudiante inglés a Roxin cabría plantearse, aun con mayor intensidad³⁸¹, respecto de la división analizada entre causas de justificación y causas de exclusión del injusto penal.

concepto de orientación a las consecuencias es inidónea para el Derecho penal 8) la teoría es innecesaria, porque los casos problemáticos pueden ser abarcados por el principio de bagatela 9) la teoría contradice las valoraciones legales en el ámbito del injusto de bagatela.

³⁸⁰ Nos recuerda así la crítica a la famosa anécdota de Roxin del estudiante inglés que estudiaba en Munich y acudió a preguntarle, entre otras cuestiones, por el sentido de la diferencia entre justificación y exculpación, manifestándole: “Considero que la diferencia entre las causas de justificación, de exculpación y de exclusión de la pena es muy sutil y ciertamente una obra de arte del pensamiento jurídico. Pero, ¿no se trata más bien quizás de un divertimento mental? Consiste en definitiva exclusivamente en la punibilidad, que en presencia de todas estas causas es negada de forma idéntica. ¿no están fundamentadas las diferentes consecuencias que por lo general se derivan de estas categorías, más bien en distinciones deducidas conceptualmente que en necesidades reales?, vid., ROXIN, C.: *Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe in Abgrenzung von sonstigen Strafausschliessungsgründen*, ob. cit., pp. 230-231.

³⁸¹ Sin dar por supuesto la razón al estudiante, para lo cual cabe oponer, como hace Roxin, la cita de Welzel: “Considero la división del delito en los tres elementos: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, como el más importante avance dogmático de las últimas dos o tres generaciones”, *ibidem*, p. 231.

En ello radica una de las primeras críticas que, a mi juicio, debe efectuarse al autor. Resulta ciertamente contradictorio con su concepción que éste proceda a reformular con criterios político-criminales la categoría de la antijuridicidad sin renunciar en ningún momento al mantenimiento de una antijuridicidad unitaria, considerada desde la perspectiva global del ordenamiento jurídico, hecho éste que le conduce a crear la distinción, superflua en atención a las categorías dogmáticas existentes, entre causas propias e impropias de exclusión del injusto penal.

La denuncia del déficit de tales presupuestos axiológicos en este ámbito no impide al autor dejar a salvo el concepto de antijuridicidad general para aquellos casos en que la conducta del sujeto merezca la “aprobación” del conjunto del ordenamiento.

Este criterio ético no determina la calificación de la conducta como justificada, ya que no requiere la valoración positiva o aprobación ética para la exención de responsabilidad en sede de injusto.

Entiendo que, en coherencia con su fundamentación teleológica de la antijuridicidad, Günther debería haber dado un paso más y proceder a reconocer exclusivamente en el ámbito de la antijuridicidad la validez de las causas de exclusión del injusto penal.

La afirmación de una antijuridicidad configurada a través del criterio de merecimiento de pena como expresión penal del principio constitucional de proporcionalidad debería conllevar idénticos presupuestos para la exclusión del injusto y no la adición de un escalón intermedio de dudosa utilidad dogmática entre antijuridicidad y culpabilidad.

Es decir, la teoría del autor llevada a sus últimas consecuencias implicaría afirmar: “todas las causas de justificación son causas de exclusión del injusto penal”, aseveración que no efectúa el catedrático alemán.

La concepción de Günther ha recibido también adhesiones en la doctrina, no tanto en su afirmación de una nueva categoría intermedia, sino en la idea congruente de introducir consideraciones político-criminales en el ámbito de la antijuridicidad.

En este sentido, debe destacarse la posición de Schünemann, que aun criticando la confusión subyacente al binomio injusto-culpabilidad, subraya en cambio que existen algunos casos en los que tendría aplicación, como por ejemplo la extensión de la llamada situación análoga al estado de necesidad a ciertos supuestos de estado de necesidad exculpante supralegal (ejemplo de médicos de la eutanasia durante el tercer Reich), llegando a añadir incluso otros el propio autor como la inmunidad personal de los diputados en los casos de manifestaciones injuriosas en el parlamento y la garantía de reciprocidad en casos de ataques contra Estados extranjeros³⁸².

Por su parte, Silva Sánchez subraya que la propuesta de Günther puede ir incluso más allá de su planteamiento originario y podría concebirse como un principio rector interpretativo de las causas de justificación en el ámbito jurídico penal, que caracteriza como “la

³⁸² SCHÜNEMANN, B., *La función de la delimitación de injusto y culpabilidad*, pp. 243-244; el mismo, en *Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars*, GA 1985, pp. 353, en el que alude a la existencia de “causas de tolerabilidad” de la conducta, en cuanto no se alcance el grado de dañosidad social cualificada requerido por el Derecho Penal.

introducción de consideraciones de insignificancia en la parte negativa del supuesto de hecho prohibido”.

El proceder sería semejante al utilizado en los supuestos de situación análoga al estado de necesidad descritos por Günther, ampliados también a las situaciones análogas a la legítima defensa: si tras la afirmación parcial de los presupuestos de una causa de justificación resultara un injusto insignificante para el Derecho penal, cabría en su caso plantearse la renuncia a la prohibición penal de la conducta³⁸³.

No obstante, las consideraciones de graduación del injusto pueden incardinarse en numerosas ocasiones en el ámbito de la eximente incompleta reconocida en los artículos 21.1 y 68 del Código penal³⁸⁴, dando lugar a la apreciación de la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley.

Las situaciones análogas al estado de necesidad o a la legítima defensa no vienen sino a reflejar el incumplimiento de alguno de los requisitos no esenciales de la eximente, que tiene como efecto

³⁸³ SILVA SÁNCHEZ, J., *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, J.M. Bosch Editor, 1992, pp. 404-406; el mismo, en la *Recensión a Schünemann, B., die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars. 1 Teil: Tatbestands- und Unrechtslehre. Revista de revistas, Goltdammer's Archiv für Strafrecht (GA) Cuaderno 8, agosto 1985*, pp. 341-380, en *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, 1987, pp. 540-541; p. 541: “Esta concepción de la teoría de las causas de exclusión del injusto penal, no como descripción de nuevas causas autónomas, en general de creación jurisprudencial (situaciones análogas al estado de necesidad, al consentimiento...), sino como principio regulativo, permitiría probablemente superar muchas de las críticas que se le han dirigido; así, quizá las de Roxin (en el libro-homenaje a Oehler) relativas a la inseguridad jurídica derivada de la creación analógica, por ejemplo”.

³⁸⁴ Artículo 68 del Código penal: “En los casos previstos en la circunstancia primera del artículo 21, los jueces o tribunales impondrán la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley, atendidos el número y la entidad de los requisitos que falten o concurren, y las circunstancias personales de su autor, sin perjuicio de la aplicación del artículo 66 del presente Código”.

propio en nuestro sistema la apreciación de la eximente incompleta³⁸⁵.

Ahora bien, debe subrayarse que, frente a lo manifestado por Díez Ripollés, entre los casos citados hay supuestos en los que el grado de incumplimiento de los requisitos de las causas de justificación es tan insignificante que una interpretación teleológica debe conducir a la exención de responsabilidad y no a la disminución de la pena en uno o dos grados.

Sin embargo, el camino intermedio adoptado por la concepción diferenciadora, introduciendo unas causas de justificación de segunda categoría como las representadas por las causas de exclusión del injusto penal, deja subsistente la antijuridicidad general y permite la reacción en legítima defensa frente a tales supuestos, en contradicción con el efecto propio de las causas de justificación generales.

Tal divergencia de efectos en relación con la llamada prueba de la legítima defensa entre ambos tipos de causas quiebra la virtualidad propia de este escalón dogmático en la estructura del delito.

En efecto, en la justificación lo relevante no es exclusivamente la determinación de la preponderancia en la ponderación de los intereses enfrentados, sino la delimitación de las exigencias normativas respecto del comportamiento de los ciudadanos en las relaciones intersubjetivas.

³⁸⁵ Recalcando la innecesariedad de la teoría de Günther para reflejar la graduación del injusto en sede de antijuridicidad y la ausencia del instrumental de las eximentes incompletas en Derecho alemán, DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *La categoría de la antijuridicidad en Derecho penal*, en Causas de Justificación y de atipicidad en Derecho penal, LUZÓN PEÑA/MIR PUIG coords., ed. Aranzadi, 1995, pp. 113-127.

El afectado por la intervención debe saber si puede hacer prevalecer por sí mismo con violencia su posición o más bien tolerar la puesta en peligro o menoscabo de sus bienes, y en algunos casos buscar otra forma de compensación en el procedimiento legalmente establecido.

La distinción entre ambos tipos de causas, con diferentes efectos en sus relaciones con terceros, divide la fuerza normativa configuradora de las esferas jurídicas organizativas afectadas, sin que pueda tildarse de adecuada la legítima defensa frente a acciones que únicamente sobrepasan de modo insignificante los límites de lo permitido.

Cuestión distinta sería la posibilidad de estado de necesidad defensivo en tales supuestos, con los límites de proporcionalidad estricta que atañen a éste frente a la eximente de legítima defensa³⁸⁶.

Las concepciones diferenciadoras adolecen en definitiva de coherencia intrasistemática, al fundamentar su edificio conceptual en consideraciones teleológicas y proceder en cambio al mantenimiento de un concepto unitario de antijuridicidad como punto de referencia.

³⁸⁶ Criticando la subsunción por parte de Günther de los casos de estado de necesidad defensivo en las situaciones análogas al estado de necesidad, ROXIN, C., *Der durch Menschen ausgelöste Defensivnotstand*, *Fs für Jescheck*, I, 1985, p. 468. Como afirma Roxin, no es necesaria la creación de tal categoría para la incardinación en su ámbito de los supuestos de estado de necesidad defensivo, bastando a estos efectos el ámbito del parágrafo 34 del Código penal alemán, que no se orienta exclusivamente a una ponderación meramente cuantitativa de los intereses en juego.

D) El concepto de Normspaltung en Tiedemann

a') Planteamiento del concepto y desarrollo en otros sectores del ordenamiento

La introducción de conceptos diferenciados de antijuridicidad y, en definitiva, la división de las eximentes justificantes en diferentes causas con efectos y consecuencias jurídicas también diversas, no es patrimonio exclusivo de Günther y sus seguidores³⁸⁷.

Entre las concepciones que conducen obligatoriamente a una interpretación específicamente penal de las causas de justificación se halla sin duda la teoría de la escisión de la norma (*Normspaltung*), desarrollada por Tiedemann bajo el concepto de ambivalencia de la norma (*Normambivalenz*).³⁸⁸

La idea básica sobre la que se asienta el concepto parte de que el juicio sobre la antijuridicidad penal de un comportamiento típico se diferencia de la antijuridicidad unitaria ya incluso en el propio ámbito interno del Derecho penal. En efecto, como elemento del hecho punible, la antijuridicidad penal examina únicamente si la infracción de la norma primaria configuradora del injusto indiciario concurre o no.

³⁸⁷ Como atinadamente se encarga se aclarar el propio Günther en su brillante introducción al concepto, *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss*, pp. 89-177.

³⁸⁸ Fundamental a este respecto, *Straftatbestand und Normambivalenz*, Fs für Friedrich Schaffstein, 1975, pp. 195 y ss. Ya con anterioridad se había referido a la cuestión objeto de debate en su opúsculo *Entwicklungstendenzen der strafprozessualen Rechtskraftlehre*, 1969, pp. 10 y ss. Posteriormente continúa la discusión sobre el concepto de ambivalencia de la norma en sus comentarios a la Ley de Competencia en Immenga/Mestmäcker, *Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, 2ª ed, 1991, nm. 22 y ss, ante parágrafo 38 y parágrafo 38 nm. 3.

Ello no impide por tanto que la misma acción pueda ser conceptuada como ilícita en un sector del ordenamiento y permitida en otro³⁸⁹.

Desde el punto de vista normativo, se parte de la distinción clásica entre norma de conducta (*Verhaltensnorm*) y norma de sanción (*Sanktionsnorm*) para afirmar la procedencia de la escisión de la norma, es decir, la separación de contenidos normativos de la norma de comportamiento y de la norma de sanción a pesar de su identidad externa.

Se plantea Tiedemann (aun reconociendo que es cierto que la teoría de las normas otorga preferencia a las normas extrapenales) si por ejemplo en derecho laboral o en derecho de la competencia un precepto penal debido a la falta de adecuación al mandato de taxatividad puede permanecer inaplicado y en cambio la norma civil, administrativa o laboral que lo complementa puede ser susceptible de apreciación.

La antijuridicidad en su función como elemento del delito se refiere exclusivamente a la realización de un tipo, a prohibiciones y mandatos penales, es por lo tanto divisible. Si el autor lesiona e injuria al mismo tiempo a la víctima, puede la acción ser antijurídica bajo el aspecto de la lesión al derecho al honor y ser permitida, conforme a Derecho, en atención al menoscabo de la integridad física y viceversa.

³⁸⁹ Como ejemplo clásico se cita en esta sede el de la acción en legítima defensa para rechazar una agresión ilegítima constitutiva de lesiones o tentativa de homicidio mediante el uso de un arma no reglamentaria.

El mismo proceder es trasladable a la relación entre la justificación y las infracciones normativas que varias ramas del Derecho han tomado como motivo para sus reacciones y sanciones específicas.

La discusión tiene lugar no sólo en los casos de no aplicabilidad de la sanción penal, sino sobre todo en las situaciones en las que el supuesto de hecho penal a causa de una interpretación restrictiva conforme a la Constitución es finalmente aplicado. En tales casos la norma, que produce sus efectos al mismo tiempo en el Derecho penal y fuera del Derecho penal (derecho societario, derecho de la competencia, etc...) es “ambivalente” y en consecuencia es escindida en su significado.

La razón de tal escisión radica, junto al ámbito de aplicación propio de la analogía, en la circunstancia de que conforme al artículo 103.2 de la Constitución alemana, las leyes penales deben observar un mayor grado de determinación en la descripción del supuesto de hecho que las demás normas. Incluso en aquellos casos en los que no concurre una analogía extrapenal surge como consecuencia jurídica la posibilidad de contenidos normativos divergentes³⁹⁰.

No cabe predicar de determinados elementos normativos configurados conforme a las normas del derecho civil o derecho administrativo las mismas exigencias que cabe referir a los elementos constitutivos de la infracción penal.

³⁹⁰ TIEDEMANN, K., *Straftatbestand und Normambivalenz*, pp. 197-198; el mismo, en *Immenga/Mestmäcker Kommentar Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, 2ª ed, 1991, nm. 27.

Esta ambivalencia de la norma preconizada por Tiedemann³⁹¹ parte efectivamente de conceder la preferencia a la función primaria extrapenal de la norma: ante la imposibilidad de mantener siempre la unidad de la norma jurídica ambivalente penal y extrapenal, la única alternativa que resta es la de separar o escindir el contenido de dicha norma.

Como puede comprobarse, las consideraciones teleológicas que determinan el concepto diferenciador de antijuridicidad también pueden hallarse en esta construcción. La teoría ancla sus raíces en la distinción entre norma de conducta y norma de sanción³⁹² y por tanto en la afirmación de la existencia de diversas normas con diferentes destinatarios.

A su vez, la divergencia de contenido material se corresponde con las diversas funciones que competen a cada rama del Derecho y los concretos procedimientos en que éstas alcanzan su vigencia.

No puede negarse ciertamente la separación de contenidos normativos en función del sector del ordenamiento en el que nos encontremos³⁹³, por lo que ante dicha realidad sólo cabe asegurar que la adaptación de los conceptos extrapenales se adecúa a los principios garantísticos que rigen en Derecho penal.

³⁹¹ Tales diferencias se evidencian en numerosos ejemplos destacados por el autor, como el relativo a la inclusión del pacto de caballeros en el concepto de contrato de los parágrafos 1 y 38.1 del GWB.

³⁹² Reconociendo el influjo de Binding y Thon en los postulados de la Normspaltung y en la diferenciación de contenidos de la norma, *Straftatbestand und Normambivalenz*, p. 198.

³⁹³ A este respecto, SAMSON, E., *Konflikte zwischen öffentlichem und strafrechtlichem Umweltschutz*, JZ 1978, pp. 801 y ss: “no todo lo que es antijurídico, es también merecedor de pena, y por tanto puede ya decaer la antijuridicidad penal cuando sólo se cumplen en parte los presupuestos de una causa de justificación extrapenal”, p. 802.

La interpretación estricta de los elementos normativos extrapenales del tipo no puede conducir en ningún caso a una extensión de la punibilidad³⁹⁴.

b') Valoración crítica

Las concepciones diferenciadoras de la antijuridicidad basadas en la estricta distinción entre norma de comportamiento y norma de sanción incurren desde mi punto de vista en una contradicción básica: la de fundamentar una antijuridicidad específicamente penal evitando residenciar las referencias teleológicas en la propia norma.

De este modo, es en la norma de sanción en la que hallarían cobijo la totalidad de los principios y garantías constitucionales que refuerzan la protección del Derecho penal y que son irrenunciables en un Estado social y democrático de Derecho.

La norma de conducta, en cuanto norma extrapenal previa a la determinación de la consecuencia jurídica, es unitaria y necesaria para preservar la función preventiva perseguida en cualquier rama del ordenamiento.

No obstante, entiendo que la introducción de los fines político-criminales en el seno de la antijuridicidad debe partir de un concepto de norma de conducta configurada en atención a su referencia estrictamente penal, esto es, a la prohibición bajo amenaza de pena de realización de determinados comportamientos en cuanto entrañan una lesión o puesta en peligro de los bienes jurídico-penalmente protegidos.

³⁹⁴ TIEDEMANN, K., en *Immenga/Mestmäcker Kommentar Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, 2ª ed, 1991, nms. 26, 27 y 28.

Dicha finalidad preventiva, junto a la observancia de las garantías básicas de nuestro ordenamiento constitucional, deben ya marcar el ámbito de la norma de conducta, sin diferir su consideración a un segundo escalón valorativo.

Sentado lo anterior, el interesante planteamiento que propone la teoría de la Normambivalenz no dista de las concepciones que han desarrollado la idea de la divisibilidad del injusto (*Teilbarkeit der Unrechtsbewertung*).

En virtud de esta última, un comportamiento puede ser calificado al mismo tiempo como antijurídico y permitido, según el aspecto que se tome en consideración, constituyendo tal circunstancia únicamente una aparente paradoja.

El juicio de antijuridicidad no contempla la conducta humana aisladamente, sino en su relación con el mundo de los bienes jurídicos, por lo que aquél diferirá en función de los diversos bienes penales en juego³⁹⁵.

Los argumentos a favor de la divisibilidad del juicio de antijuridicidad son idénticos a los utilizados para fundamentar la existencia de diversos injustos en función de la rama del ordenamiento objeto de análisis.

³⁹⁵ En este sentido, entre otros, WIDMAIER, G., *Die Teilbarkeit der Unrechtsbewertung*, JUS 1970, n° 12, p. 611. El autor sitúa como referencia en este ámbito la regla del concurso ideal, que permite considerar un mismo hecho bajo diferentes puntos de vista en función de los tipos penales aplicables. A su vez, desde la perspectiva subjetiva la divisibilidad en la valoración del injusto encontraría su correspondencia en la divisibilidad de la conciencia del injusto (*Unrechtsbewusstsein*): sería eventualmente posible que respecto de un mismo hecho pudiera faltar dicha conciencia del injusto en relación con un aspecto y concurrir en relación a otro.

No implica ningún elemento adicional a la tradicional vinculación de diferentes consecuencias jurídicas a los injustos genéricos de cada sector del ordenamiento³⁹⁶, es decir, nos estamos moviendo en el campo de la tipicidad penal, donde nadie niega que deban prevalecer las referencias teleológicas en la selección y determinación de las conductas penalmente relevantes³⁹⁷.

No es éste, sin embargo, el campo en el que se discute la introducción de las valoraciones político-criminales, en el que se halla plenamente asumido que debe ser así, sino en la antijuridicidad específicamente penal.

Nuevamente nos hallamos ante un déficit de concreción de las referencias axiológicas válidas en este ámbito, que conllevan en ocasiones que se identifique las causas de exclusión del injusto penal con meras causas de atipicidad en donde ya no hay debate sobre el contexto situacional justificante.

Piénsese en este sentido en los supuestos aludidos de la cláusula de reprobabilidad en las coacciones del parágrafo 240 del Código penal alemán, o la cláusula de salvaguarda en materia de injurias, así como en la aplicación de criterios de insignificancia o tolerabilidad o adecuación social³⁹⁸ que pueden ser reconducidos

³⁹⁶ KIRCHHOF, P. *Unterschiedliche Rechtswidrigkeiten in einer einheitlichen Rechtsordnung*, 1978, pp. 5-6; 30-38.

³⁹⁷ Como indica Rudolphi, en nada sospechoso de sostener una postura contraria al concepto tradicional unitario de la antijuridicidad: "El juicio de antijuridicidad sobre un determinado comportamiento, que se funda en el peligro de varias lesiones de bienes jurídicos, es divisible. El principio fundamental de unidad del ordenamiento jurídico únicamente establece que un determinado comportamiento bajo el mismo prisma es valorado del mismo modo por todos los ámbitos del Derecho", *Rechtfertigungsgründe im Strafrecht*, GS für Armin Kaufmann, 1989, p. 376.

³⁹⁸ En relación con el ámbito de la adecuación social se pronuncia HASSEMER, W., *Die mutmassliche Einwilligung, insbesondere bei Unterschlagung*, JUS 1970, nº 3, p. 111.

al ámbito de la imputación objetiva en cuanto ausencia de creación de un riesgo penalmente relevante.

Nos hallamos ante meras causas de exclusión del tipo que no son extrapolables a un sistema de causas de justificación en el que se conjuguen y expliciten los intereses que deben ser ponderados en el marco de las relaciones intersubjetivas.

Por tanto, tal división es estéril a los efectos del debate sobre la función de un sistema de justificación penal, ya que no afecta a este elemento de la teoría del delito. No puede propiamente hablarse de “modelo diferenciador teleológico” puesto que la distinción no fluye entre las categorías sistemáticas, sino que se incardina exclusivamente en el plano de la tipicidad.

Todo ello debe conducir a un paso ulterior, y es el de determinar si el catálogo de eximentes justificantes es apto para acoger en su seno las consideraciones político-criminales que inspiran nuestro sistema (más allá de fórmulas tradicionales), o por el contrario nunca puede verse sustraído de su función preventiva general de delimitación nítida entre lo antijurídico y lo permitido desde el punto de vista de la consideración global de la conducta.

CAPÍTULO CUARTO

EL MODELO UNITARIO TELEOLÓGICO Y SUS LÍMITES: LA JUSTIFICACIÓN PENAL COMO EXPRESIÓN GARANTISTA DE LOS FINES DEMOCRÁTICOS

I.- INTRODUCCIÓN: BASES PARA UN MODELO UNITARIO TELEOLÓGICO

Tras la valoración crítica de los tres modelos previos de justificación y antijuridicidad penal analizados (unitario, diferenciador no teleológico y diferenciador teleológico), el modelo de justificación del que se parte en este trabajo lo he denominado unitario teleológico, en cuanto expresa los dos puntos de referencia básicos en su delimitación.

En primer lugar, la función de las causas de justificación debe venir determinada por los fines preventivos y las garantías propias del Derecho penal, y no por un juicio de valor global que pretenda unificar el conjunto de sus consecuencias jurídicas como solución unívoca a la injerencia en esferas organizativas ajenas en el marco de situaciones de conflicto.

En segundo término, la consideración de los fines y garantías específicamente penales debe impregnar el contenido de la totalidad de las causas de justificación de modo unitario, sin que resulte fructífera la creación de categorías intermedias adicionales en virtud de la distinción entre una función unitaria y una función teleológica de las causas de justificación.

Por el contrario, todas las causas de justificación deben ser consideradas, a mi juicio, causas de exclusión del injusto penal. La extensión de sus efectos más allá de esta rama del Derecho vendrá determinada por consideraciones vinculadas al principio de *ultima ratio* del Derecho penal y en consecuencia a los principios de subsidiariedad y proporcionalidad derivados de aquél, pero no a su intrínseca naturaleza.

Los efectos de las causas de exclusión del injusto penal así entendidas deben ser idénticos a los fijados tradicionalmente para las causas de justificación, excepto en el apartado relativo a la exclusión de toda consecuencia jurídica en el resto de sectores del ordenamiento, ya que la unidad de éste no se ve afectada por la eventual divergencia de efectos en atención al contenido específico de cada injusto.

En la determinación del contenido de las referencias teleológicas de las que se parte en este modelo, debe rechazarse en primer término la asimetría axiológica que caracteriza al sistema tradicional: mientras que en la categoría de la tipicidad y en la selección del injusto penalmente relevante las consideraciones de merecimiento y necesidad de pena ocupan un lugar primordial, sin embargo, en la valoración del contexto situacional justificante tales consideraciones son sustituidas por la apelación a un juicio de conformidad a Derecho, difiriendo tales contenidos a ulteriores categorías, ya sea la exculpación, ya sea a la responsabilidad penal en cuanto ausencia de necesidad preventiva de pena como acaece en la construcción de Roxin.

Es precisamente el ámbito de la determinación de lo prohibido en el caso concreto el que se sustrae a las referencias político-

criminales, en contra de los postulados propios de un modelo de sistema orientado a tales fines.

Asimismo, no deja de ser una paradoja que se exijan mayores requisitos para la exención de responsabilidad en casos excepcionales que para la determinación en abstracto de la materia prohibida bajo amenaza de pena.

Ello no implica necesariamente que la negación de los efectos generales, atribuidos tradicionalmente a las causas de justificación, lleve consigo una extensión del Derecho penal.

Por el contrario, una teoría de la justificación orientada a los fines y garantías específicamente penales permite extender el ámbito de la exención a supuestos de insignificancia o graduación del injusto que de otro modo no tendrían cabida, que serían seguramente diferidos a la apreciación a lo sumo de una eximente incompleta, adelantando su valoración un escalón sistemático de la estructura del delito.

Junto a ello, una teoría de la justificación configurada de este modo permite resolver adecuadamente otros supuestos que suscitan dudas en cuanto a su efectiva incardinación en el ámbito del tipo.

En este campo deben distinguirse claramente aquellos supuestos que exclusivamente suponen una restricción teleológica conforme a criterios de imputación objetiva de aquéllos que verdaderamente son incardinables en un escalón posterior, siendo frecuentes los casos en que se produce dicha confusión valorativa entre exclusión de la tipicidad y justificación de la conducta.

Así acaece, como hemos visto, en numerosos casos de justificación procedimental, causas de exclusión de la tipicidad penal o en las llamadas causas genuinas de exclusión del injusto penal vinculadas a determinados tipos penales, tales como la cláusula de reprobabilidad de las coacciones del parágrafo 240 del StGB, la cláusula de salvaguarda en las injurias del parágrafo 193 del StGB o el propio sistema de indicaciones en el aborto del parágrafo 218³⁹⁹.

Tales supuestos resultan subsumibles en la tipicidad en la medida en que pueden reconducirse a tipos delictivos concretos o su exclusión viene determinada por criterios propios del fin de protección de la norma, ausencia de creación de un riesgo penalmente relevante u otros *topoi* habitualmente utilizados en el seno de la teoría de la imputación objetiva.

De este modo, la propia virtualidad del sistema del delito aconseja resolver tales supuestos en un estadio anterior, sin necesidad de entrar en discusión en el análisis del resto de elementos del concepto de delito y en concreto en su valoración en el contexto situacional justificante.

II.- PLANTEAMIENTO Y CONCRECIÓN: PREVENCIÓN Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES EN LA DETERMINACIÓN DE LOS PRINCIPIOS RECTORES DE LA JUSTIFICACIÓN PENAL.

1.- LA INSUFICIENCIA DOGMÁTICA DE LA PONDERACIÓN DE INTERESES COMO PRINCIPIO RECTOR DE LA JUSTIFICACIÓN PENAL

³⁹⁹ Sobre este último, en especial, discutiendo extensamente su valoración en sede de tipicidad, Gropp, W., *Der Strafloße Schwangerschaftsabbruch, Die rechtliche Einordnung der Straffreiheit zu 218 StGB*, Tübingen, 1981, pp. 62 y ss.

A) La indeterminación del criterio del interés preponderante en la ponderación del caso concreto

a') Sistematización de los principios de justificación penal

Constituye un punto de referencia habitual en el ámbito de la dogmática académica del delito aludir a la ponderación de intereses y su correlato del principio del interés preponderante como criterio rector de todas las causas de justificación (teoría monista) o bien de la mayor parte de ellas, junto al principio de ausencia de interés, que regiría en materia de consentimiento y consentimiento presunto (teoría dualista)⁴⁰⁰.

La ponderación de intereses se erige como criterio rector fundamental, apareciendo como síntesis de las teorías desarrolladas hasta la fecha, y su generalidad serviría para dar respuesta a cualquiera de las situaciones de conflicto que pudieran concurrir en la práctica.

En especial, en él hallaría su expresión la fuerza neutralizadora de la materia de la prohibición contenida en el tipo, y permitiría extender su alcance al conjunto de los permisos procedentes de otras ramas del ordenamiento jurídico y su introducción al ámbito de la justificación penal.

Supera de este modo en el tiempo a otras teorías monistas que habían sido desarrolladas anteriormente, como la teoría del fin,

⁴⁰⁰ Destacando la concurrencia de ambos principios, clásicamente, MEZGER, E., *Strafrecht, Ein Lehrbuch*, 3ª ed., Berlin, München, 1949. A éste le sigue la mayor parte de la doctrina, y en términos casi idénticos, BLEI, H. AT, 11 ed., 1996, parágrafo 36 I, al sentar la distinción entre el principio del derecho preponderante y el principio de la ausencia del injusto.

según la cual una acción está justificada cuando puede ser calificada como el medio adecuado para la realización de un fin justo⁴⁰¹, el principio de la causación de “más provecho que perjuicio” (*Mehr-Nutzen als Schaden*)⁴⁰², o el principio de la observancia de la pretensión de respeto al bien prioritario en la situación concreta⁴⁰³.

La amplitud de la fórmula de la ponderación de intereses, de bienes o de valores, en sus diferentes manifestaciones⁴⁰⁴, y su consiguiente inconcreción, no ha sido subsanada en el ámbito de la doctrina funcionalista.

En concreto, tampoco por su máximo representante, Claus Roxin, al reconducir la incardinación de los fines político-criminales en este elemento del delito al principio rector de la “solución social de conflictos”⁴⁰⁵, obviamente semejante a dicha formulación general,

⁴⁰¹ GRAF ZU DOHNA, A., *Die Rechtswidrigkeit*, 1905, p. 48; LISZT, F./SCHMIDT, E., AT, 1932, parágrafo 32 B II. *Vid.* una exposición completa sobre las teorías monistas y pluralistas de las causas de justificación en LENCKNER, T., *Der rechtfertigende Notstand, Zur Problematik der Notstandsregelung im Entwurf eines Strafgesetzbuches*, Tübingen, 1965, pp. 50 y ss; 135 y ss., el cual contempla el criterio de la ausencia de interés como un subcaso del principio de protección del interés preponderante, p. 134; HIRSCH, H. J., *LK-StGB*, 1993, ante parágrafo 32, nm. 48; en la literatura española, fundamental CARBONELL MATEU, J.C., *La justificación penal*, pp. 43 y ss.

⁴⁰² SAUER, W., AT, 3ª ed., 1955, parágrafo 13 I, pp. 3 y ss. Para Sauer es una actuación que en su tendencia general le garantiza a la comunidad estatal de modo generalizado más beneficio o provecho (ideal, cultural) que perjuicio.

⁴⁰³ Desarrollado por SCHMIDHÄUSER, E., AT, 2ª ed., 1975, 9/13, y su discípulo RÖTTGER, W., *Unrechtsbegründung und Unrechtsausschluss nach den finalistischen Straftatlehren und nach einer materialen Konzeption*, Berlin, Duncker und Humlot, 1993, pp. 277 y ss. En las causas de justificación, según los autores, se constata que lo valioso del respeto al bien es prioritario frente a lo disvalioso de la lesión del bien.

⁴⁰⁴ NOLL, P., *Tatbestand und Rechtswidrigkeit: Die Wertabwägung als Prinzip der Rechtfertigung*, ZStW 77 (1965), pp. 1 y 9; el mismo, en *Übergesetzliche Milderungsgründe aus vermindertem Unrecht*, ZStW 68 (1956), p. 181. Así, Noll considera que deben incluirse en la ponderación no sólo los bienes jurídicos en su expresión tradicional, sino también ciertas relaciones sociales como las ordenanzas del Estado, la Administración de Justicia o la familia.

⁴⁰⁵ ROXIN, C., AT I, 4ª ed., 2006, 14/42: “regulación social correcta de intereses y contraintereses”, que posteriormente desarrolla como hemos reseñado mediante el recurso a los subprincipios de ponderación de bienes, autonomía,

lo cual no viene sino a ratificar la amplitud y vaguedad del concepto que, como cajón de sastre, es apto para acoger en su seno cualquier valoración jurídica idónea para resolver tal conflicto, pero no explicita los principios materiales que le deben dotar de contenido.

La finalidad de las teorías radica en desarrollar principios generales que sirvan no sólo para sistematizar las causas de justificación recogidas en nuestro Derecho positivo, sino también para dar cabida a la formulación de nuevas eximentes o a la reinterpretación de las existentes en la resolución de los conflictos sociales.

En este ámbito es necesario también que desempeñe un papel notable en la restricción de los tipos delictivos, introduciendo criterios de insignificancia que, al amparo de lo preceptuado por el artículo 4 de nuestro Código penal, permitan al legislador en el futuro tomar en consideración dichas pautas en la redacción de los correspondientes preceptos penales⁴⁰⁶.

proporcionalidad, protección del Derecho y responsabilidad. Como concluye el autor, no es posible concretar un *numerus clausus* de los principios reguladores decisivos ni una sistematización cerrada y concluyente de todos los casos posibles de causas de justificación, sino únicamente cabe perfilar la antijuridicidad material mediante la elaboración de los principios ordenadores sociales en que se basa.

⁴⁰⁶ Artículo 4.2 y 4.3 CP: “2. En el caso de que un juez o tribunal, en el ejercicio de su jurisdicción, tenga conocimiento de alguna acción u omisión que, sin estar penada por la Ley, estime digna de represión, se abstendrá de todo procedimiento sobre ella y expondrá al Gobierno las razones que le asistan para creer que debiera ser objeto de sanción penal 3. Del mismo modo acudirá al Gobierno exponiendo lo conveniente sobre la derogación o modificación del precepto o la concesión de indulto, sin perjuicio de ejecutar desde luego la sentencia, cuando de la rigurosa aplicación de las disposiciones de la Ley resulte penada una acción u omisión que, a juicio del juez o tribunal, no debiera serlo, o cuando la pena sea notablemente excesiva, atendidos el mal causado por la infracción y las circunstancias personales del reo”.

b') Valoración crítica de un principio general justificante

La indeterminación del criterio del interés preponderante es manifiesta si se toma en consideración su perspectiva meramente cuantitativa, como sucede con la interpretación del principio de ponderación de bienes en el estado de necesidad.

La virtualidad de poner de manifiesto consideraciones axiológicas y principios de rango constitucional en la ponderación, tales como el respeto de la dignidad humana, el derecho a la libertad, vida, integridad física o cualquier otro derecho fundamental⁴⁰⁷, pronto evidenció la incorrección del criterio utilizado.

En orden a subsanar tal déficit, se añaden a la discusión dogmática criterios adicionales de ponderación que vienen a actuar como subprincipios necesarios en la determinación del interés preponderante, con diversa relevancia en el caso concreto.

La intención es precisar en el terreno de las relaciones intersubjetivas las pautas de ponderación. Destacan entre ellos los principios de necesidad, proporcionalidad, protección del Derecho, la garantía de la libertad y la asignación de bienes jurídicos a la autonomía del particular⁴⁰⁸.

Al mismo tiempo, algunos autores prescinden de la necesidad de afirmar en todo caso la preponderancia de uno de los intereses y se conforman con la salvación de un interés equivalente, en los

⁴⁰⁷ Aspecto ya contemplado, sin embargo, por el legislador alemán, al introducir la cláusula de adecuación del parágrafo 34.2 del StGB.

⁴⁰⁸ Sobre tales criterios, PAEFFGEN, H.U., en *NK-StGB, Band I*, ante parágrafo 32, nm. 44, 4ª ed., 2013.

supuestos de colisión de deberes de actuar idénticos, lo cual no dejar de constituir un nuevo principio de valoración⁴⁰⁹.

En todo caso, las dificultades de precisar una referencia axiológica concreta en esta sede resulta patentizada, de manera que nos hallamos ante declaraciones formales que como tales aún no son decisorias para la solución del conflicto y precisan de una concreción ulterior, en aras de comprobar si el hecho típico realizado es expresión de la protección de un interés preponderante o de un medio adecuado para un fin justo, o constituye en definitiva una regulación social correcta de intereses y contraintereses.

Idéntica indeterminación se aprecia en las teorías pluralistas de la justificación, que pretenden suplir la falta de precisión de la máxima general con el desarrollo de una pluralidad de reglas.

En este sentido pueden mencionarse los criterios del contrainterés preponderante y de la satisfacción cumulativa del interés en Mitsch⁴¹⁰, o la posición de Jakobs y Kindhäuser, que reconducen las situaciones de necesidad al principio de responsabilidad de la víctima de la intervención (aunque sea únicamente limitado al ocasionamiento o a la provocación), la definición de intereses a

⁴⁰⁹ En este sentido, KÜHL, K., AT, 7ª ed., 2012, 18/137; JAKOBS, G., AT, 2ª ed. 1991, 15/6; KÜPER, W., *Grund und Grenzfragen der rechtfertigenden Pflichtenkollision im Strafrecht*, 1979, p. 91 y ss.; RÖNNAU, T., en *LK-StGB*, 12 ed., 2015, ante parágrafo 32, nm. 115.

⁴¹⁰ BAUMANN, J./WEBER, U./MITSCH, W., AT, 16/52, 11ª ed., 2003. A través de este principio, Mitsch pretende introducir en el debate las referencias axiológicas vinculadas al principio de necesidad, aplicando los criterios del merecimiento y necesidad de pena en el ámbito de la victimodogmática, si bien no puede evitar finalmente la remisión en su contenido al principio del interés preponderante, incurriendo igualmente en el formalismo y la generalidad que caracterizan dicha fórmula; el mismo, en *Rechtfertigung und Opferverhalten, Schriftenreihe Strafrecht in Forschung und Praxis*, Band 37, Verlag Dr. Kovac, Hamburgo, 1ª ed., 2004, p. 29.

través de la víctima de la intromisión y el principio de solidaridad mínima⁴¹¹.

En un sentido parecido se pronuncia asimismo Gropp⁴¹², que califica los principios de la justificación de estructuras de la justificación y menciona al respecto la adecuación del medio, la preponderancia del provecho o beneficio, la preponderancia del interés en la conservación y la ausencia del interés, estructuras a las que podrían reconducirse las concretas eximentes justificantes.

Tales propuestas no pueden sustraerse igualmente a la abstracción y al carácter meramente formal que le es inherente, precisando de su adaptación a las particulares causas de justificación reconocidas en Derecho positivo.

En el fondo de tales sistematizaciones late un planteamiento acentuadamente utilitarista (en el sentido del utilitarismo consecuencialista) que no subraya de modo suficiente las referencias axiológicas que fueron tomadas en consideración en la selección del injusto penalmente relevante, evidenciando la asimetría anteriormente mencionada.

B) Necesidad de concreción del principio general: referencias axiológicas de la ponderación de intereses

El fracaso de las teorías monistas y pluralistas en la determinación de un principio general rector de la justificación penal y, por ende,

⁴¹¹ JAKOBS, G., AT, 35/1 y ss, 2ª ed., 1991; KINDHÄUSER, U., AT, 15/4, 6ª ed., 2013. En el primer grupo se hallaría la legítima defensa, en el segundo la autorización oficial justificante y en el tercero el estado de necesidad agresivo previsto en el parágrafo 904 del BGB.

⁴¹² GROPP, W., AT, 5/34, 4ª ed., 2015, si bien reconociendo que las expectativas que cabe depositar en los beneficios derivados de la sistematización de los principios de la justificación no deben ser muy elevadas.

en una sistematización cerrada de los criterios que deben guiar la categoría de las eximentes justificantes, conduce finalmente al punto de partida: la ponderación de intereses, en sus diferentes versiones, engloba el resto de principios y permite configurar el estado de necesidad como la causa de justificación general⁴¹³, en la que el resto de eximentes hallaría cabida⁴¹⁴.

De este modo, la teoría de la justificación debe proceder a concretar, en el ámbito de cada una de las eximentes, cuáles son los motivos que conducen a que los principios y valores subyacentes a la prohibición penal de conductas deban retroceder en el caso concreto.

Ello implica un proceso de determinación axiológica que no puede venir configurado por una mera operación aritmética de cálculo de intereses contrapuestos⁴¹⁵, ni tampoco en una operación abstracta que no tome en consideración la afectación y producción de efectos

⁴¹³ En este sentido destaca en nuestro país la posición de MOLINA FERNÁNDEZ, F., en *El estado de necesidad como ley general (Aproximación a un sistema de causas de justificación)*, en *Revista de Derecho penal y criminología*, 2ª época, nº extraordinario 1 (2000), pp. 204 y ss; el mismo, *Naturaleza del sistema de justificación en derecho penal*, en *La justificación penal: balance y perspectivas*, Carbonell Mateu/Martínez Garay (coords.), ed. tirant lo blanch, Valencia, 2008, pp. 13 y ss: “En situaciones en las que la protección de intereses jurídicos sólo pueda hacerse valer a costa de lesionar otros intereses, el ordenamiento jurídico se inclina por aquéllos que preponderen conforme a su propio esquema de valores. Por eso el estado de necesidad no es sólo una causa de justificación penal, ni siquiera sólo una causa de justificación jurídica, aunque ambas cosas lo sea también, sino la expresión legal de una máxima de racionalidad elemental”.

⁴¹⁴ En este sentido, se alude a la definición del estado de necesidad de V. Hippel, al calificarlo como “el estado de peligro actual para intereses jurídicos, que sólo se puede evitar mediante la lesión de otro interés jurídico”, o en la versión mejorada de Welzel, como “estado de peligro actual para intereses jurídicamente protegidos, cuya evitación sólo es posible a costa de intereses ajenos”, vid. al respecto, PAEFFGEN, H.U., *NK-StGB*, ante parágrafo 32, nm. 37, 4ª ed., 2013.

⁴¹⁵ Como subraya BALDÓ, el principio del interés preponderante es un principio matemático porque fundamenta el cuándo pero no el por qué, siendo éste último configurado, en conexión con autores como Jakobs, Pawlik o Renzikowski, a través de la combinación de los principios de autonomía y solidaridad intersubjetiva, *Estado de necesidad y legítima defensa*, ed. Bosch, 1994, pp. 33 y ss.

frente a terceros en el marco de las relaciones intersubjetivas, sino que implica un anclaje en valores reconocidos y aceptados por la sociedad. Valores que fueron determinantes tanto en el reconocimiento del *ius puniendi* estatal como en el sometimiento de éste a las garantías en cuyo alcance debe desarrollarse su actuación.

En el marco de nuestra Constitución y del Estado social y democrático que ésta consagra, considero que los valores que fundamentan la convivencia social deben regir también la solución de conflictos en el ámbito de la antijuridicidad.

Para ello las referencias normativas básicas no pueden dejar de lado los fines propios del Derecho penal y las razones que motivaron la intervención del *ius puniendi* en la configuración de las conductas penalmente relevantes.

Los planteamientos tradicionales, incluidos los modelos diferenciadores teleológicos que he analizado anteriormente, focalizan su atención en consideraciones derivadas del principio de proporcionalidad de la intervención penal, en conexión con el criterio del merecimiento de pena.

Si del análisis del contexto en que tiene lugar la acción típica se infieren elementos que permitan apreciar una disminución del grado de injusto suficiente para convertir a la conducta en no merecedora de pena, ello bastaría para apreciar la exclusión del injusto penal, sin necesidad de efectuar valoraciones adicionales ya que éstas no afectarían al núcleo de la prohibición.

Se trata de un proceso cuantitativo en el que priman las consideraciones relativas a la aceptación o no de las consecuencias de la graduación del injusto en la tipicidad penal.

Considero que tal planteamiento es excesivamente restrictivo, y no refleja plenamente el marco normativo que debe operar en sede de justificación.

En concreto, los valores que determinaron la delimitación de la conducta prohibida en el ámbito del tipo deben también hallar su reflejo en el ámbito de la exclusión del injusto, sin que las exigencias normativas para justificar la conducta deban ser más elevadas en atención a la necesidad de afirmar una conformidad general a Derecho de la conducta.

En este sentido, a mi juicio, los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la sanción penal deben configurarse como los criterios rectores de la justificación penal, permitiendo igualmente la introducción en esta categoría del delito de la orientación político-criminal que el sistema funcionalista claramente efectúa en sede de tipicidad y culpabilidad, pero que renuncia a construir en el ámbito de la justificación con base en la concepción unitaria de la antijuridicidad. Se trata de los mismos criterios que son utilizados para fundamentar la intervención judicial en derechos fundamentales como síntesis del conflicto Estado-individuo.

A través de tales principios rectores deben hallar cabida, no sólo las finalidades específicas de esta rama del Derecho, sino también los principios garantísticos reconocidos en nuestra norma fundamental.

Éstos deben guiar la aplicación y reconocimiento de las causas de justificación en la práctica, de modo que las valoraciones sociales hallen también finalmente y desde una perspectiva orientada a las referencias teleológico-penales, su reflejo en la solución de los conflictos.

2.- JUSTIFICACIÓN PENAL. LA EXCLUSIÓN DEL INJUSTO ESPECÍFICAMENTE PENAL CON BASE EN LOS PRINCIPIOS DE IDONEIDAD, NECESIDAD Y PROPORCIONALIDAD DE LA SANCIÓN PENAL.

A) El criterio de la idoneidad. La introducción de consideraciones preventivo-penales en la exclusión del injusto

Como he venido exponiendo a lo largo del presente trabajo, considero que el principio básico de la concepción unitaria de la antijuridicidad, conforme al cual las causas de justificación deben establecer con nitidez la distinción entre el comportamiento prohibido y permitido con carácter general para el conjunto del ordenamiento jurídico, adolece de un defecto de planteamiento.

Éste viene constituido por situar la referencia preventivo-general de las causas de justificación en un nivel superior al contenido en la prohibición o mandato: la juridicidad o conformidad a Derecho.

Ante una exigencia de este calado, numerosos supuestos de conductas típicas son reconducidas una vez analizado el contexto en que acaecen y sus efectos respecto a terceros al ámbito de la exculpación o de las causas de levantamiento o exención de la punibilidad, en la medida en que el proceder contrario implicaría la ausencia de ratificación de la norma vulnerada.

Sin embargo, la finalidad preventiva del Derecho penal se halla anudada a mi juicio a la previa amenaza de pena como referencia teleológica específica, que debe tener entrada en la delimitación del contenido de la norma de conducta.

La idoneidad del medio para conseguir los fines legítimos pretendidos por el Derecho penal convierte en indisoluble la relación entre norma y sanción.

No cabe desvincular una de la otra. La selección de la norma penal se efectúa precisamente en atención a su virtualidad para la protección de los intereses sociales más relevantes frente a los ataques más graves de que puedan ser objeto en la interacción social.

Ya se parta de una finalidad vinculada a la idea de protección de bienes jurídicos, o a la ratificación de la vigencia de la norma o de las consecuencias comunicativas o simbólicas del Derecho penal, lo cierto es que tales fines impregnan el contenido de la norma y determinan su contenido⁴¹⁶, debiendo destacarse en el ámbito de la norma de sanción todo lo concerniente a la teoría de la determinación de la pena.

La idoneidad de la reacción penal en sede de justificación debe modular su contenido, de modo que sólo quepa mantener la ilicitud de la conducta típica en cuanto sea necesario para la ratificación de la norma penal vulnerada.

⁴¹⁶ Sin desconocerse, no obstante, la existencia de otras sanciones al margen de la pena que se hallan a disposición del legislador a este respecto, como acertadamente pone de relieve SEHER, G., *¿Puede ser “subsidiario” el derecho penal? Aporías de un principio jurídico “indiscutido”*, en *Límites al Derecho penal, Principios operativos en la fundamentación del castigo*, ed. Atelier, 2012, pp. 129 y ss.

Dicha idoneidad de la reacción penal se articula con base en su aptitud para la protección de los bienes jurídico-penalmente relevantes, mediante la prohibición bajo amenaza de pena de la lesión o puesta en peligro de aquéllos. La legitimación de la sanción penal en el escalón de la antijuridicidad también debe apelar a la misión preventiva de protección de bienes jurídicos y no a una declaración general de conformidad a Derecho⁴¹⁷.

La norma de conducta penal es también el resultado de una ponderación de diversos intereses en conflicto y sólo cabrá mantener la antijuridicidad del comportamiento en el caso concreto cuando desde la perspectiva de los fines preventivo-generales específicamente penales se revele idónea la imposición de la sanción.

Ello no implica necesariamente la afirmación de un derecho de intervención por parte del sujeto amparado en una causa de justificación, sino exclusivamente la ausencia de necesidad de ratificación de la norma penal en el caso concreto.

Lo característico del escalón valorativo de la antijuridicidad penal no es la afirmación de un derecho de intervención en esferas organizativas ajenas, sino la autorización de la conducta desde la perspectiva de la finalidad de la norma penal, que igualmente puede revestir la forma de facultad⁴¹⁸.

⁴¹⁷ De hecho, puede plantearse el supuesto en que la idoneidad de la reacción penal se halle vinculada a la consecuencia jurídica de otro sector del ordenamiento, por ejemplo, en la relación entre el estado de necesidad y la responsabilidad civil del beneficiado por la situación. En este sentido, NINO, S., *Los límites de la responsabilidad penal, una teoría liberal del delito*, ed. Astrea, 1980, pp. 478-479.

⁴¹⁸ En esta línea se manifiestan en la doctrina americana autores como Dressler y Greenwalt que, en oposición a la postura sostenida por Fletcher, mantienen

Lo anterior no conlleva negar virtualidad a los principios de autonomía y solidaridad intersubjetiva en la delimitación de las acciones justificadas, sino que exclusivamente se limitan sus efectos o consecuencias jurídicas al Derecho penal.

A su vez, tales consideraciones no impiden que desde otra perspectiva valorativa puedan igualmente excluirse otro tipo de consecuencias jurídicas.

El juego de ambos principios derivado de su reconocimiento constitucional como valores superiores del ordenamiento jurídico (artículo 1.1 de la Constitución), debe ponerse en conexión al mismo tiempo con la finalidad preventiva de la norma penal,

que no es aceptable que las causas de justificación identifiquen siempre la conducta que el autor tiene derecho a realizar, sino que es suficiente a estos efectos que el comportamiento típico sea meramente permisible o tolerable. En ocasiones la ley penal permite conductas que son moralmente menos preferibles que las alternativas disponibles, siendo tarea del derecho penal, afirman los autores, no el promover un comportamiento moral ideal, sino establecer los estándares mínimos de moralidad social, dejando un espacio lo suficientemente amplio en el que los individuos puedan definir y establecer una prelación de sus propios intereses sobre los de otros. Así, DRESSLER, J. *New thoughts about the concept of justification in the criminal law: a critique of Fletcher's Thinking and Rethinking*, 32 U.C.L.A. Law Review 61 (1984) y GREENWALT, K., *Distinguishing Justifications from Excuses*, 49 Law & Contemp. Probs. 89 (1966); el mismo, en *On the perplexing borders of Justification and Excuse*, 84 Colum. L. Rev. 1897 (1984). Por su parte, la posición de Fletcher parte de que los tipos proscriben conductas prohibidas por normas que constituyen imperativos morales coherentes para la sociedad a la que se dirigen. De dicha premisa extrae el siguiente concepto de causas de justificación: éstas proporcionan una licencia o permiso para infringir una norma general prohibitiva cuando ciertas condiciones relativamente bien definidas indican que actuando de este modo se promueve un derecho superior o un interés social. Así, la justificación para Fletcher debe identificar el comportamiento correcto, más que el meramente permisible, porque obrando así se proporciona una guía a la decisión individual hacia la conducta correcta, atendiendo a las circunstancias del caso concreto. Afirmándose la existencia de un derecho, el resto de intervinientes en el contexto social no tendrían el derecho de interferir, evitándose situaciones en las que dos partes en conflicto puedan actuar al mismo tiempo de forma justificada. Fletcher expone su teoría de la justificación penal en las siguientes obras: *Rethinking Criminal Law*, 1978, pp. 573-577; *The Right and the Reasonable*, 98 Harvard Law Review 949 (1985); *The Right to Life*, 13 Geo. Law Review. 1371 (1979); *Should intolerable prison conditions generate a Justification or an Excuse for escape?* 26 U.C.L.A. Law Review. 1355 (1979).

respecto de la cual lo decisivo será la subsistencia o no de un injusto lo suficientemente grave para justificar la intervención del Derecho penal, con independencia de sus efectos en el resto de sectores del ordenamiento.

B) Necesidad de pena y justificación penal: la dialéctica de los fines supraindividuales e individuales en la determinación del contenido de las causas de justificación

El segundo pilar que debe analizarse en un modelo teleológico unitario de justificación penal es el concerniente a la necesidad de pena.

Constituye lugar común en la doctrina diferir el análisis de este elemento del delito al ámbito de la culpabilidad o de la punibilidad, cuando no a categorías intermedias como las causas de exclusión de la responsabilidad de Roxin o incluso las causas de exclusión de la responsabilidad por el hecho de Maurach y Bacigalupo⁴¹⁹.

No obstante, la necesidad preventiva de pena de la conducta, una vez afirmada previamente la relevancia típica, debe formar parte de los principios que concreten el ámbito de la justificación en Derecho penal.

⁴¹⁹ Gráficamente en contra de la introducción de la misma se expresa CORTÉS ROSA, M., *La función de la delimitación de injusto y culpabilidad en el sistema del derecho penal*, en Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal: “En cambio, la antijuridicidad (como categoría sistemática de la teoría del delito) constituye un presupuesto imprescindible de la punibilidad, pero no una materia específica del Derecho penal. En la determinación de su contenido, no tienen ninguna importancia las consideraciones sobre merecimiento y necesidad de pena, porque expresa exclusivamente- igual que la antijuridicidad de la agresión en las disposiciones sobre la legítima defensa- la contradicción entre una conducta y la norma de conducta. Por eso (...) la ilicitud no tan sólo se puede examinar en relación con un acto tipificado penalmente, sino también en relación con un acto penalmente atípico”.

Considero que tal referencia es necesaria en esta sede en cuanto constituye la expresión del principio de *ultima ratio* y de los derivados de subsidiariedad y carácter fragmentario en la protección de los bienes jurídico-penales. Tales principios deben actuar tanto en la fundamentación como en la exclusión del injusto penal.

Éstas referencias son las que precisamente permiten la introducción en Derecho penal de permisos provenientes de otras ramas del ordenamiento jurídico (que constituye el procedimiento más habitual en la práctica, a través de la eximente de ejercicio legítimo de un derecho del artículo 20.7 del Código penal o de la fórmula general del estado de necesidad como cláusula de cierre del sistema de justificación), así como la producción de efectos en otras ramas del Derecho por las causas de exclusión del injusto penal.

La legitimación de la intervención del Derecho penal y por tanto los principios político-criminales deben hallar su correlato dogmático en el terreno de los principios de la justificación, existiendo evidentes paralelismos entre uno y otro ámbito⁴²⁰.

La necesidad de pena del hecho en atención a consideraciones tanto cuantitativas como de oportunidad político criminal no tiene nada que ver con la atribuibilidad del hecho al autor individual y

⁴²⁰ Aspecto en el que incide certeramente ROBLES PLANAS, R., *Dogmática de los límites al Derecho penal*, en Estudios de dogmática jurídico-penal, Fundamentos, teoría del delito y derecho penal económico, ed. B de F, 2014, pp. 41 y ss.; también en *Límites al Derecho penal, Principios operativos en la fundamentación del castigo*, ed. Atelier, 2012, pp. 28 y ss. Traslada así el autor los principios rectores fundamentales de la causas de justificación, que centra en los principios de responsabilidad y solidaridad, y su correspondiente traducción en las situaciones de necesidad, a las cuestiones globales que plantea la legitimación de la intervención penal.

por tanto con la categoría de la exculpación, sino que del mismo modo que se toma en cuenta tal factor en la delimitación del injusto penal típico, el análisis del contexto justificante requiere de su valoración.

La noción de subsidiariedad, como *topos* que expresa que sólo debe recurrirse a la sanción penal en el caso concreto cuando no exista un medio menos lesivo para la resolución del conflicto, recoge en esta sede la idea de compatibilidad de los fines del Derecho penal con los principios garantísticos reconocidos en nuestro texto constitucional.

En el ámbito de dicho principio se incardina igualmente la posibilidad de introducir la dinámica de los cambios sociales en la teoría del delito a través de las causas de justificación. Los principios fundamentales de la justificación penal parten de la base de un sistema de derecho penal limitado constitucionalmente.

En este sentido, las causas de justificación son también indicativas de concepciones políticas fundamentales en Derecho penal⁴²¹, produciéndose una dialéctica entre las consideraciones político-criminales y los principios garantísticos.

Frente al concepto de merecimiento de pena, excesivamente apegado al concepto de bien jurídico en lugar de al de interés social, deben introducirse en la ponderación criterios preventivos, que respeten a su vez principios garantísticos como los principios de legalidad y seguridad jurídica.

⁴²¹ Vid., al respecto, SCHROEDER, F.C., *Die Notwehr als Indikator politischer Grundanschauungen im Strafrecht*, FS für Maurach, pp. 127 y ss.

En el marco de la necesidad de pena debe superarse igualmente la concepción de las causas de justificación como normas permisivas. Lo relevante en ellas no es el otorgamiento de un permiso de injerencia en las esferas organizativas ajenas, sino el reconocimiento de una situación de conflicto y la valoración de la gravedad de la infracción en el contexto justificante intersubjetivo para apreciar o no la exención.

Como han puesto de manifiesto Bustos Ramírez y Hormazábal, no cabe considerar a las causas de justificación en el ámbito específico del Derecho penal como normas permisivas⁴²², sino que éstas son normas complejas que, junto al reconocimiento de un derecho a la defensa de bienes jurídicos, obligan a valorar la situación de conflicto para pronunciarse sobre el merecimiento en ese conflicto concreto de un derecho de defensa.

En el ámbito de esa valoración, puede llegarse o no a la conclusión de que la situación es merecedora del derecho de defensa y a la exclusión de la antijuridicidad requerida en Derecho penal, de ahí que los autores califiquen a las causas de justificación como normas de reconocimiento y merecimiento, en la medida en que

⁴²² BUSTOS RAMÍREZ, J./HORMAZÁBAL MALARÉE, H., *Nuevo sistema de Derecho penal*, ed. Trotta, 2004, pp. 45-52. Los autores se sirven de las referencias axiológicas aquí defendidas para construir su teoría de la antijuridicidad, en cuanto se fundamentan en el principio político-criminal de “extrema ratio” y del principio de fragmentariedad en la protección penal, del que se derivaría el plus de ilicitud consustancial a la infracción penal. Estructuran en consencuencia la norma en dos fases: el reconocimiento de la situación de crisis y la valoración del merecimiento del derecho a solucionarla afectando a un determinado bien jurídico. Si bien los autores afirman no cuestionar el principio de unidad del ordenamiento jurídico, terminan por afirmar que las causas de justificación pueden llegar a neutralizar la intervención penal dejando intacto el carácter antijurídico del comportamiento.

tienden a la valoración de una situación concreta y a considerar la juridicidad exclusivamente penal de la conducta⁴²³.

El criterio utilizado por tanto es el de necesidad de pena, vinculado al que llaman principio de *extrema ratio*: las causas de justificación son normas que reconocen un conflicto y perfilan sus circunstancias dando lugar a una valoración de la necesidad de la intervención penal, pudiendo subsistir la antijuridicidad de la conducta⁴²⁴.

La ausencia de necesidad de pena puede reducir la ilicitud del hecho por debajo del umbral requerido para la afirmación del injusto penal.

La apertura de la justificación a la ponderación teleológica en el ámbito de la necesidad de pena permite acoger en el seno de la categoría supuestos límite en los que no existe una solución unívoca en el ámbito de la ética, por lo que difícilmente pueden conllevar una aprobación positiva de la conducta, o la jerarquía de intereses en el caso concreto resulta ardua de formular⁴²⁵.

Participa también del criterio de necesidad de pena en la configuración de la antijuridicidad el planteamiento de Gimbernau

⁴²³ Destacando la irrelevancia pragmática de las normas permisivas, Echave-Uribe-Guibourg y Ross, vid. al respecto, ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J., *Las piezas del Derecho*, ed. Ariel, 2ª ed. 2005, pp. 116-119.

⁴²⁴ Lo cual no debe confundirse con la teoría de los elementos negativos del tipo, en la medida en que ésta incluye las normas permisivas o de reconocimiento como simples elementos negativos delimitadores del tipo legal, pero no como normas de reconocimiento y merecimiento.

⁴²⁵ A este respecto, Perron subraya en su análisis de la justificación y exculpación en derecho español y alemán, que debería estar disponible en este ámbito una red de eximentes mucho más amplia que la representada por las causas de exculpación, para dar cabida a los supuestos en los que los criterios morales orientados a solución del conflicto son vacilantes, en PERRON, W., *Principios estructurales de la justificación en los derechos español y alemán*, Causas de justificación y de atipicidad en Derecho penal, ed. Aranzadi, 1995, p. 80.

anteriormente reseñado, en virtud del cual en esta sede se analiza la cuestión de qué conductas quiere el legislador combatir con los medios del Derecho penal, mientras que la exculpación se trataría de aquellos supuestos en los que el autor no puede ser motivado suficientemente por las normas jurídicas, de modo tal que carece de sentido la necesidad de la intervención penal⁴²⁶.

Es igualmente en el ámbito de la necesidad de pena justificante donde debe incardinarse el ejercicio de derechos fundamentales como causa de justificación, que en nuestro derecho positivo además dispone del instrumento de la eximente del 20.7 del Código penal para su validación.

El ejercicio legítimo de tales derechos, a pesar de la realización del tipo penal, puede determinar una disminución del injusto que haga innecesaria la reacción penal. Resulta en este sentido paradójica la poca atención prestada a tales derechos por la doctrina tradicional⁴²⁷, normalmente por la reticencia a utilizar el criterio de

⁴²⁶ GIMBERNAT, E., *El estado de necesidad: un problema de antijuridicidad*, en Estudios de Derecho penal, 3ª ed., Madrid, 1990, pp. 218 y ss; el mismo, en Prólogo al libro de A. Cuerda Riezu: *La colisión de deberes en Derecho Penal*, tecnos, Madrid, 1984, pp. 13 y ss; el mismo, en *Justificación y exculpación en Derecho penal español en la exención de responsabilidad por situaciones especiales de necesidad (legítima defensa, estado de necesidad, colisión de deberes)*, Justificación y exculpación en Derecho penal, *ob. cit.*, p. 68: “en los supuestos del parágrafo 35 StGB- y en Derecho Penal español, en los casos de conflicto entre intereses de igual rango- el autor es “motivable” por la norma y, no obstante, está exento de responsabilidad, la explicación de ello sólo puede ser la de que, en realidad, lo que se regula no es una causa de exclusión de la culpabilidad, sino una de justificación, si bien ésta se distingue de otras causas de exclusión de lo injusto en que el hecho cubierto por el estado de necesidad no es valorado positivamente; pero es que lo que caracteriza al comportamiento adecuado al Derecho Penal no es que el ordenamiento jurídico lo considere valioso, sino únicamente que se renuncia a motivar su no comisión con la amenaza de una pena...”

⁴²⁷ Resalta este extremo ROXIN, C., *La evolución de la política criminal, el Derecho penal y el proceso penal*, ed. tirant lo blanch, Valencia, 2000, pp. 72-73: “La integración de los derechos fundamentales en el sistema del Derecho penal, que aquí debe demostrarse, es una tarea político criminal prácticamente desatendida hasta la fecha por la ciencia del Derecho penal”. Sin embargo, el autor incardina

necesidad de pena en el ámbito del contexto justificante intersubjetivo.

Ello viene motivado por la tradicional estructura de la imputación penal, que ubica la consideración de los fines de la pena generales, como la protección de los bienes jurídicos y especiales (prevención general y especial) así como los límites de la pena (dignidad humana, principios de humanidad y proporcionalidad) en la decisión sobre la aplicación de sanciones penales a infracciones normativas, esto es, en las categorías valorativas de la tipicidad, la culpabilidad y de la llamada política criminal, pero no a las propias normas jurídicas que constituyen el objeto de la categoría valorativa de la antijuridicidad y por ende de las causas de justificación.

Por el contrario, considero que la antijuridicidad, en sentido material, debe impregnarse de los contenidos axiológicos ínsitos en los fines y límites de la pena, de tal manera que los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto de la sanción penal determinan la declaración como justificada de la conducta en la situación de conflicto. La pena se muestra como el medio adecuado menos lesivo para la resolución del conflicto.

En el ámbito de la justificación debe analizarse la conducta típica en el contexto situacional justificante para determinar si, desde dicha nueva perspectiva, la sanción penal es idónea, necesaria y proporcionada a la infracción penal previamente delimitada, o por el contrario tales valoraciones específicamente penales deben conllevar la exclusión del injusto en este segundo escalón

tales referencias en la culpabilidad penal a través de la categoría de la responsabilidad.

valorativo, con eliminación de las consecuencias jurídicas vinculadas a dicha infracción.

La necesidad de pena es el ámbito en el que deben incardinarse las referencias político-criminales válidas en la delimitación del injusto, incluyendo las consideraciones de oportunidad y conveniencia de la sanción penal, sin reconducirlas en su totalidad a la categoría de la punibilidad⁴²⁸.

La introducción de contenidos político-criminales en la categoría de la justificación con base en un modelo funcionalista no puede ceñirse a meras consideraciones de proporcionalidad penal, que en todo caso remiten al criterio tradicional de la ponderación de intereses como operación de cálculo matemático desprovista de referencias axiológicas.

Ahí radica la incongruencia de algunos planteamientos diferenciadores no teleológicos que he analizado, al manifestar que el merecimiento de pena debe impregnar todas las categorías del delito y proceder no obstante a continuación a llevar a cabo una estricta separación entre causas de exclusión del injusto y causas de justificación.

⁴²⁸ Subraya Díez Ripollés en esta línea la procedencia de tomar en consideración en el marco de la ponderación de intereses que sustituyó a la abstracta ponderación de bienes como principio rector de justificación, los que denomina “intereses sociales instrumentales”, como serían por ejemplo en el ámbito del aborto la conveniencia de asegurar una ejecución adecuada de éste que evite intervenciones precipitadas o peligrosas, la importancia de consolidar una normal aplicación de la ley en los supuestos despenalizados o la prestación de ayudas sociales. Así, en DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *La categoría de la antijuridicidad en Derecho penal*, en Causas de justificación y de atipicidad en Derecho penal, ed. Aranzadi, 1995, pp. 162-165. Nótese el paralelismo entre estas consideraciones y las que llevan a introducir en el debate la llamada “justificación procedimental” que hemos analizado en el capítulo II.

El concepto de norma primaria o de conducta del que se parte (del que la norma secundaria o de sanción se limitaría a establecer un *quantum* determinado de pena) impone la concreción de tales contenidos. La característica básica de una causa de justificación es excluir la pena, no toda consecuencia jurídica.

En el elemento de la justificación penal consistente en la necesidad de pena se explicita la tensión entre las consideraciones individuales y supraindividuales. La valoración de los fines de la pena en la categoría de la justificación no debe traducirse en una limitación de los principios garantísticos que configuran nuestro Estado Social y democrático de Derecho.

Como ha puesto de manifiesto Runte, se observan en el campo de la justificación penal dos tendencias de cambio, una orientada a la extensión del ámbito de las causas de justificación (que vendría representada por el ejemplo de la aplicación de la legítima defensa y el estado de necesidad a intervenciones estatales en bienes jurídicos individuales, cuando faltan los permisos específicos del derecho administrativo, evidenciando la armonización entre el Derecho penal y otras ramas del ordenamiento); y, en segundo término, una tendencia restrictiva (*Zurücknahme*) que se plasma en la extensión de las limitaciones ético-sociales del derecho de legítima defensa⁴²⁹, la subjetivización del concepto de injusto con potenciación del desvalor subjetivo de la acción, los límites al derecho de corrección o el deber de soportar el peligro en el ejercicio del cargo⁴³⁰⁴³¹.

⁴²⁹ Analiza profusamente tales restricciones, desde la perspectiva de la filosofía hegeliana, PALERMO, O, *La legítima defensa: una revisión normativista*, ed. Atelier, 2006, pp.341-369.

⁴³⁰ RUNTE, R., *Die Veränderung von Rechtfertigungsgründen durch Rechtsprechung und Lehre. Moderne Strafrechtsdogmatik zwischen Rechtsstaatsprinzip und Kriminalpolitik*, Verlag Peter Lang, 1991, pp. 14-18; 88-215; 239-254.

La justificación penal es el ámbito en el que se introducen dichas tendencias de cambio político-criminales, en el que debe decidirse la relación de tensión entre Política criminal y los principios del Estado constitucional⁴³², mediante la ponderación de los fines de la pena y los límites garantísticos reconocidos en la norma fundamental.

La necesidad de pena debe actuar por tanto en el ámbito de la justificación penal no sólo como un criterio que implica dar preferencia a otros medios de protección estatal más leves en la protección de los derechos del ciudadano, sino que impone además la renuncia a la pena cuando ésta venga exigida por la protección de los principios garantísticos constitucionales.

C) El principio de proporcionalidad en sentido estricto y la justificación penal: graduación del injusto y principio de insignificancia

Las consideraciones de proporcionalidad en sentido estricto permiten introducir en el ámbito de la justificación la relevancia de la graduación del injusto para la exención de responsabilidad.

⁴³¹ Entre los ejemplos de intervenciones estatales se citan las cartas ofensivas de presos retenidos por jueces sin autorización válida o la limitación de la comunicación (*Kontaktsperre*) entre abogados defensores y detenidos debido a la sospecha de su intervención en actos terroristas. En cuanto a los ejemplos de tendencias restrictivas en la fundamentación político criminal de las causas de justificación, se subraya también la idea del abuso de derecho y de la provocación en la legítima defensa, las relaciones de garantía, la cláusula de adecuación del parágrafo 34.2 del StGB en relación con el estado de necesidad, la no justificación del consentimiento en las lesiones cuando vaya en contra de “las buenas costumbres” o la extensión de los presupuestos de la detención provisional del parágrafo 127 I de la StPO a la concurrencia de las circunstancias externas reconocibles de una sospecha fundada, prevaleciendo el aseguramiento de la persecución.

⁴³² Que el autor decide a favor de otorgar primacía a la protección garantista de los derechos del ciudadano, rechazando la introducción de valoraciones supraindividuales en la delimitación de las causas de justificación, *ibidem*, pp. 361-367.

Si la intervención del Derecho penal debe limitarse en el ámbito de la tipicidad a los supuestos de ataques más graves a los bienes jurídicos penalmente protegidos, iguales reflexiones teleológicas deben regir en materia de exclusión del injusto penal.

En mi opinión, este proceder debe llevar a admitir en la práctica la introducción de criterios de insignificancia en la valoración del contexto justificante, de tal modo que llegue a alcanzarse la exclusión de la responsabilidad penal en casos en los que aún subsista un contenido disminuido de desvalor del hecho⁴³³. La magnitud de la gravedad del injusto que reste y su aptitud para motivar la exención dependerán de la subsistencia o no en el contexto justificante de un hecho que impida la ratificación de la norma vulnerada en el caso concreto.

Nos hallamos por tanto ante supuestos muy semejantes a aquéllos que delimitan los criterios normativos en el marco de la imputación objetiva, como son la creación de un riesgo penalmente relevante o la afectación del fin de protección de la norma.

⁴³³ Plantea la utilidad de este criterio, al que denomina exigibilidad (*Zumutbarkeit*) HASSEMER, W., *El principio de proporcionalidad como límite de las intervenciones jurídico-penales*, en *Límites al Derecho penal*, Principios operativos en la fundamentación del castigo, ed. Atelier, 2012, pp. 193 y ss, reseñando las dificultades que de inicio encuentra dicha máxima: “Por qué- así de simple puede formularse el atrevimiento- se debe en realidad impedir el empleo de un medio del que, por un lado, se constata, que puede resolverse el problema y, además, que causa el menor daño posible? ¡No podrá encontrarse nada mejor!”. Ahora bien, el autor termina por reconocer la eficacia del principio en tres ámbitos de actuación: a) como criterio vinculado directamente a la Constitución para la activación de la justicia en los casos en los que se supera el límite de la intervención b) para proporcionar una base fructífera a las argumentaciones jurídicas de carácter crítico con las intervenciones estatales c) como justificación para regulaciones adicionales y restrictivas, en casos tales como el bloqueo de datos, registro de viviendas o compensación de dilaciones indebidas en el proceso penal.

Ahora bien, en la justificación penal ya se ha traspasado el primer nivel del escalón de la teoría del delito para proceder a valorar el injusto residual que concurre tras la afirmación del tipo, si bien no puede dejar de subrayarse la confusión entre ambos planos valorativos ante la extensión normativa de los criterios de imputación objetiva⁴³⁴.

Los criterios rectores de la teoría de la imputación objetiva deben operar igualmente en el ámbito de la justificación de la conducta, en el que el criterio de creación del riesgo penalmente relevante puede ser a mi juicio también aplicado con gran provecho en los supuestos de disminución del injusto en el contexto justificante.

La solución de una eximente incompleta en dichos supuestos no cubre suficientemente de modo satisfactorio todos los casos posibles, ya que por ejemplo en el supuesto de condenados con antecedentes aun la rebaja en dos grados de la pena privativa de libertad podría determinar su ingreso en prisión por la realización de injustos notablemente disminuidos en el caso concreto.

En dichos supuestos tampoco concurrirá una necesidad preventiva de ratificación de la norma penal vulnerada en la interacción social y en su producción de efectos frente a terceros.

A su vez, el tradicional vínculo entre antijuridicidad formal y causas de justificación, y en consecuencia en la afirmación de una contradicción formal entre la conducta y el ordenamiento jurídico como punto de partida, ha cerrado en la práctica la posibilidad de

⁴³⁴ Lo cual no debe obstar al desarrollo de la relación entre ambas categorías, dada la estrecha relación entre ambas. Como ha subrayado MIR PUIG, S., *Significado y alcance de la imputación objetiva en Derech penal*, RPDJP 3 (2002), p. 260: “la imputación objetiva y subjetiva no han de limitarse al ámbito del tipo, sino que también deben extenderse al nivel de comprobación de ausencia de causas de justificación”.

esta interpretación teleológica, que sin duda tiene un alcance mayor del que ha venido ostentando hasta la actualidad.

La mayoría de las construcciones dogmáticas que hemos analizado en el presente trabajo parten en definitiva de destacar la repercusión de la disminución del injusto en el ámbito de exclusión de la antijuridicidad, en aras de introducir categorías sistemáticas nuevas en la teoría del delito o de reformular las existentes.

En especial, dicha concreción del principio de proporcionalidad, como expresión del merecimiento de pena, subyace a los supuestos de superación parcial de los requisitos preceptuados para la apreciación de una causa de justificación.

Sin embargo, se han alzado voces contra dicha solución dogmática, alegando que pueden ser debidamente resueltos con el instrumental penológico que proporciona la figura de la eximente incompleta en nuestro Derecho, recogida en el artículo 68 en relación con el artículo 21.1 del Código penal⁴³⁵.

No obstante, si bien ya ha sido suprimida de tal texto legal la referencia al carácter potestativo de la rebaja⁴³⁶, lo cual dotaba aun de mayor inseguridad jurídica a la propuesta, la aplicación de la eximente incompleta no ofrece una respuesta adecuada al

⁴³⁵ En este sentido, Díez Ripollés, J.L., *La categoría de la antijuridicidad en Derecho penal*, Causas de justificación y de atipicidad en Derecho penal, ed. Aranzadi, 1995, pp.124-127. En la doctrina alemana, describiendo tales casos como supuestos de disminución del injusto (Unrechtsminderungsgrund), en especial, Bernsmann, *Entschuldigung durch Notstand*, Studien zu 35 StGB, 1989, p. 60.

⁴³⁶ El texto actual del artículo 68 del Código penal utiliza expresamente el término “impondrán”: “En los casos previstos en la circunstancia primera del artículo 21, los jueces o tribunales impondrán la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley, atendidos el número y la entidad de los requisitos que falten o concurran, y las circunstancias personales de su autor, sin perjuicio de la aplicación del artículo 66 del presente Código”.

problema, es decir, ¿cabe afirmar la exclusión del injusto en el ámbito de la justificación cuando de la valoración del contexto justificante se infiere una notable disminución del contenido de éste?

Precisamente éste debe ser el ámbito en el que el principio de proporcionalidad de la pena, como *topos* aplicable en el terreno de la justificación, dé lugar a la exención de responsabilidad.

La eximente incompleta no determina la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad, como sucedía con el anterior artículo 94 del Código penal, hoy modificado, al margen de que tampoco implicaba obviamente la supresión de la responsabilidad civil derivada del delito, por lo que tampoco expresa los criterios tradicionalmente anudados a una causa de justificación.

Los supuestos de incumplimiento insignificante de los requisitos no esenciales de las causas de justificación pueden dar lugar, conforme a lo expuesto, a la exención total del injusto, en cuanto la intervención punitiva no resulta en tales casos proporcionada al contenido de injusto del hecho.

Mediante el límite de la proporcionalidad se permite la introducción de los criterios teleológicos, que no deben ser reconducidos a una noción de merecimiento de pena ya superada, como expresión diferenciada del concepto de necesidad de pena, sino que ambos conceptos hallan su expresión tanto en la fundamentación como en la exclusión del injusto⁴³⁷.

⁴³⁷ Como señala FREUND, G., *Sobre la función legitimadora de la idea de fin en el sistema integral del Derecho Penal*, en *El sistema integral del Derecho penal, Delito, determinación de la pena y proceso penal*, ed. Marcial Pons, 2004, pp. 101-102, no es posible en un Estado secularizado aceptar un concepto de merecimiento de pena que trascienda al ámbito de la necesidad de pena, porque

Se subraya por los partidarios de la concepción unitaria de la antijuridicidad que las causas de justificación deciden sobre la licitud o prohibición de un comportamiento, pero en ningún caso sobre la necesidad de castigar ese comportamiento.

Sin embargo, entiendo que no puede desconectarse la idea de la licitud de la conducta de su prohibición bajo amenaza de pena, con los efectos que ello conlleva en los casos en que la disminución del injusto en el supuesto concreto alcance una notable relevancia.

El juicio normativo de proporcionalidad debe tener como referencia la mayor causación de provecho que perjuicio con la retirada de la sanción penal, en conexión con los fines preventivos pretendidos en esta categoría del delito.

En los supuestos en los que exista una imposibilidad por parte del legislador estatal de ofrecer una alternativa válida de solución al conflicto intersubjetivo planteado en el contexto justificante, debe afirmarse por tanto la justificación de la conducta⁴³⁸.

Es en la delimitación del juicio de proporcionalidad donde deben desempeñar su papel los efectos de la intervención en esferas de organización ajenas como elemento implícito en las situaciones

la constatación de tal merecimiento carece de función alguna y en consecuencia no podría legitimarse. “Al Derecho penal sólo puede interesarle el ámbito necesitado de pena delimitado por las leyes penales vigentes y el injusto penal así definido”. En el mismo sentido, ALTPETER, F., *Strafwürdigkeit und Straftatsystem*, 1990, pp. 26 y ss, y *passim*.

⁴³⁸ En consecuencia, tal solución sería aplicable a las llamadas “situaciones de conflicto existencial” analizadas habitualmente en sede de exculpación y cuya discusión alcanzó un notable relanzamiento a raíz de la entrada en vigor en Alemania de parágrafo 14.3 de la *Luftverkehrsgesetz* (Ley de Seguridad Aérea) y su declaración posterior de inconstitucionalidad. Vid., sistematizando las diferentes soluciones dogmáticas propuestas, BOTT, I., *In dubio pro Straffreiheit? Untersuchungen zum Lebensnotstand*, C.F. Müller, 2011. Por otro lado, defiende un estado de necesidad unitario justificante KÖHLER, M., *AT*, 1997, pp. 329 y ss.

justificantes. A este respecto, considero que ni la concesión de un derecho de intervención ni la imposición de un deber de tolerancia frente a terceros son elementos definidores de las causas de justificación, lo que supondría por otro lado estrechar notablemente su ámbito de aplicación para su derivación a una categoría ulterior como la exculpación.

El derecho de intromisión en el ámbito de las relaciones intersubjetivas representa un efecto reflejo del contenido de éstas que no es a su vez exclusivo para identificar la totalidad de las eximentes justificantes, ya que también concurre por ejemplo en las causas de atipicidad de la conducta.

La función de las causas de justificación no consiste en imponer a terceros deberes de tolerancia de la conducta típica, sino en verificar si en un determinado contexto el hecho típico es lo suficientemente disvalioso desde una perspectiva teleológica, que toma en consideración las finalidades político-criminales del sistema.

Dicha perspectiva debe proceder a examinar si en el meritado contexto la ratificación de la prohibición bajo amenaza de pena es idónea, necesaria y proporcionada a la gravedad del hecho, ponderando igualmente los principios garantísticos limitadores de la intervención penal.

Ello no quiere decir que el elemento definidor de la justificación penal sea la mera exención de pena, sino que a través de su reconocimiento tiene lugar asimismo un juicio de conformidad a la norma, si bien configurada como norma penal y no como norma de conducta previa a la norma de sanción y desprovista de referentes teleológicos.

En el ámbito de la reacción frente a la acción justificada, la imposición de un deber de tolerancia a terceros como correlato de un previo derecho de injerencia implica elevar los márgenes de la antijuridicidad penal por encima de los límites del principio de proporcionalidad.

Dicho deber de tolerancia se hallará en conexión con la previa delimitación de las esferas organizativas afectadas, con diferentes soluciones en las tres situaciones básicas planteables: estado de necesidad agresivo, estado de necesidad defensivo y legítima defensa.

A este respecto, constituye un error a mi juicio afirmar que la exención de pena es una característica que comparte sin más con el resto de circunstancias con efecto eximente, por lo que la identificación de la categoría se conectaría con dicha imposición de los correlativos deberes de tolerancia, vinculada al problema de la interrupción de los cursos causales salvadores⁴³⁹.

Por el contrario, el elemento decisivo en este ámbito no vendrá exclusivamente determinado por la mera exención de pena, sino que la justificación concebida teleológicamente como causa de exclusión del injusto penal en todo caso contiene los efectos tradicionalmente atribuidos a las eximentes justificantes en materia de participación y error.

Se discrepa por el contrario en la imposición unidireccional de reacciones a terceros y en la producción de consecuencias jurídicas en el resto del ordenamiento jurídico, elementos estos últimos que

⁴³⁹ Así, BALDÓ LAVILLA, F., *Estado de necesidad y legítima defensa*, ed. , 1994, pp. 26 y ss.

en nada se coheren con las premisas axiológicas de las que debe partir una justificación penal conformada con base en los principios político-criminales que inspiran nuestro sistema del delito.

CONCLUSIONES

I.1. El sistema funcionalista orientado a las finalidades político-criminales incurrió desde sus inicios en una paradoja evidente en la delimitación del alcance de la justificación penal: mientras que las categorías de la tipicidad y la culpabilidad experimentaron un extraordinario desarrollo desde dicha perspectiva, fundamentalmente a través, respectivamente, de la teorías de la imputación objetiva y las atinentes a la prevención general, la antijuridicidad se concibió de modo genérico como el ámbito de la solución social de conflictos, de la regulación social de intereses y contraintereses.

El presente trabajo ha evidenciado la necesidad de explicitar las referencias teleológicas que deben impregnar el análisis de este nivel del delito, bajo la dialéctica funciones-límites que ha caracterizado la evolución de la categoría.

2. Cabe distinguir cuatro grandes modelos de justificación penal, que he denominado modelo unitario de antijuridicidad, modelo diferenciador no teleológico, modelo diferenciador teleológico y modelo unitario teleológico.

3. El primer modelo de justificación penal, absolutamente predominante en el debate doctrinal y jurisprudencial, parte de la concepción unitaria de la antijuridicidad y se halla estrechamente ligado al entendimiento formal de ésta, como contrariedad del comportamiento a la norma.

Tal concepción se fundamenta en dos presupuestos basales: el principio de unidad del ordenamiento jurídico y la finalidad

preventiva de la norma, consistente en establecer con carácter general la delimitación entre la conducta permitida y la prohibida por el Derecho. De ello se infiere que las causas de justificación proceden del conjunto del ordenamiento jurídico y que su afirmación en el caso concreto debe excluir la producción de toda consecuencia jurídica.

4. El hecho de que las causas de justificación procedan del conjunto del ordenamiento jurídico, y por tanto se aluda a un carácter no específicamente penal de las mismas, no debe conllevar, a mi juicio, la adopción necesaria de un concepto de antijuridicidad general y unitario. Se trata, por el contrario, de una aplicación concreta de los fines del Derecho penal al aspecto negativo de la configuración del injusto y, en concreto, a la necesaria afirmación del principio de intervención mínima en esta sede, como referencia teleológica requerida en orden a la reducción de la violencia estatal expresada mediante la prohibición bajo amenaza de pena de las conductas contenidas en el tipo.

5. En estos casos tiene lugar una coordinación entre el principio de unidad del ordenamiento jurídico y los fines del Derecho penal: supondría una contradicción axiológica frente a ambos la declaración de conductas autorizadas en el derecho civil o administrativo como prohibidas penalmente en el caso concreto, en atención a que el Derecho penal debe en todo caso reducir su intervención a lo estrictamente necesario y a la valoración de la pena como último medio para la protección social a través de la prevención de los hechos lesivos.

6. El principio de intervención mínima no es sólo un principio informador y limitativo de la actuación penal, sino un fin

específico que debe ser incluido en el examen del contexto justificante para la declaración del carácter justificado de una conducta.

7. Considero que la norma primaria debe configurarse como un concepto estrictamente penal, a través del cual se puedan insertar las finalidades propias de esta rama del Derecho, así como la clase de intereses que mediante el mismo se opte por dar protección. En este sentido, el elemento característico de las normas penales no viene determinado por la simple calificación de una conducta como antijurídica, sino que su aspecto esencial lo constituye la prohibición bajo amenaza de pena de determinados comportamientos que éstas suponen, lo que fundamenta la necesidad de un juicio de desvalor cualificado que no concurre en una norma general abstractamente considerada. Una vez delimitadas las conductas prohibidas mediante la configuración de los tipos delictivos, con criterios y finalidades propias del Derecho penal, tales referencias deben tener cabida en la consideración de la conducta como justificada en el caso concreto.

8. La adecuación de los permisos provenientes de distintos sectores del ordenamiento en ningún caso quiebra el principio de unidad del ordenamiento jurídico, sino que por el contrario éste alcanza plena concreción, al compatibilizar en esta sede, mediante la afirmación de que las causas de justificación proceden de todo el ordenamiento jurídico, la necesidad de ausencia de contradicciones axiológicas con el principio de intervención mínima del Derecho penal.

La relación de subsidiariedad puede afirmarse del Derecho penal respecto de otros sectores jurídicos, pero no al revés. Por

consiguiente, el hecho de que se acojan intereses extrapenales en el ámbito de la justificación no implica que éste no deba ser determinado con arreglo a parámetros específicamente penales, que permitan comprobar si resulta confirmada en el caso concreto la ilicitud penal de la conducta comprensiva de un desvalor social cualificado y a la que se dirige la norma penal primaria mediante la prohibición específica y no general o abstracta que supone la amenaza de pena de dicho comportamiento en cuanto entraña un riesgo de lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos penalmente protegidos.

La divergencia de parámetros valorativos permite explicar las diversas consecuencias jurídicas que pueden (no necesariamente) producirse en la exclusión del injusto penal, civil o administrativo, sin que por ello resulte vulnerado el principio de unidad del ordenamiento, sino más bien concretado en atención a las finalidades propias de cada rama del Derecho.

9. La objeción fundamental llevada a cabo por los partidarios de la concepción unitaria de la antijuridicidad frente a los intentos de reinterpretar teleológicamente la justificación penal, en el sentido de que con ello se desvirtúa la esencial función preventiva de distinguir entre lo injusto y lo permitido en su acepción general, yerra, a mi juicio, en su mismo punto de partida, ya que la idea de la prevención general en el Derecho penal se refiere exclusivamente a la amenaza bajo pena del hecho prohibido.

10. El efecto preventivo-general parte en realidad de la amenaza de pena de determinados comportamientos y no de una pura y simple calificación de “antijurídico”. El efecto preventivo negativo de la norma, situado en el plano de la conminación penal

abstracta, se conecta con la amenaza de un mal superior al que representa la renuncia a cometer el delito pero, en ningún caso, con una tarea generalista de delimitación de lo prohibido y permitido.

Igualmente, por lo que concierne a las concepciones modernas desarrolladas en torno a la idea de la prevención, y especialmente a la teoría de la prevención general positiva, en su aspecto de prevención integradora o estabilizadora, llegamos a la misma conclusión. La eficacia preventiva del Derecho penal debe partir de un juicio de desvalor cualificado, juicio que se proyecta en el contenido de la norma penal sobre un comportamiento especialmente dañoso, constituyendo la referencia a la pena el elemento determinante del reforzamiento de la vigencia de la norma.

11. La apertura del Derecho penal a los permisos procedentes de otros sectores jurídicos no debe conllevar necesariamente que en el elemento del delito antijuridicidad, frente a lo que sucedería por el contrario en el seno de la tipicidad y la culpabilidad, se esté realizando un juicio de ilicitud general, no específicamente penal, sino que al permitir la recepción de dichas normas permisivas se está actuando de la misma manera que acontece en la configuración de los tipos, en los que del conjunto de las conductas prohibidas se selecciona en atención a las finalidades propias del Derecho penal aquellas que devienen merecedoras de tutela penal, sin que nadie cuestione en la doctrina que dicha operación es propiamente penal.

12. Desde mi punto de vista, la exigencia de un concepto de antijuridicidad general por los seguidores de la concepción unitaria parte de un entendimiento de la antijuridicidad

excesivamente vinculado a su carácter formal, como contrariedad del comportamiento a la norma, lo cual constituye más que una definición una tautología, sin consideración de las diferencias materiales que se derivan de la interpretación de dicho concepto en las distintas ramas del Derecho.

13. La confusión radica en la tradicional contraposición entre injusto específico penal y antijuridicidad general, contraposición a mi entender improcedente, ya que también en el seno de la verificación de la antijuridicidad de una conducta típica el juicio que recae es exclusivamente penal, divergiendo únicamente del previo juicio formulado en el tipo en la consideración de la conducta en el contexto concreto, en orden a concluir si la valoración de los intereses en conflicto (que pueden ser extrapenales, en aplicación de principio de intervención mínima), permite contrarrestar la lesión o puesta en peligro del bien jurídico en un primer momento afirmada.

14. La distinción entre injusto como sustantivo y antijuridicidad como predicado se muestra, desde la perspectiva de un sistema orientado a las finalidades político-criminales del Derecho penal, imprecisa e inadecuada.

Ello es así porque procede a incardinar todos los elementos específicamente penales en el ámbito del injusto de este modo configurado, dejando tan sólo para la antijuridicidad una tarea de confrontación de la conducta con el conjunto del ordenamiento, de tal manera que el contenido concreto de la misma viene a reducirse a la ausencia de causas de justificación en la conducta típica, entendidas en una perspectiva unitaria, siendo así que la legítima defensa y el estado de necesidad sólo están regulados en el Código penal (en nuestro ordenamiento

jurídico), así como que en la determinación de la ilicitud en el caso concreto deben ponderarse asimismo referencias exclusivamente penales. Resulta contraproducente utilizar en este sentido las voces injusto y antijuridicidad como términos contrapuestos, una vez afirmada la tipicidad penal de la conducta, a menos que se aluda en dicho contexto a un injusto “genérico”, frente al injusto específico que supone la previa delimitación típica.

15. Dotar a una categoría del delito con el contenido limitado de “ausencia de causas de justificación” no se muestra coherente con un sistema estructurado conforme a decisiones político-criminales básicas, en el que desde dicho punto de vista resulta una tarea ardua sostener la distinción tipo-antijuridicidad.

No nos hallamos realmente ante una aplicación automática de permisos extrapenales en este ámbito, sino que éstos son trasladados de una rama del Derecho a otra en la medida en que observen el requisito de su legitimidad. Para ello debe procederse a una ponderación de los intereses en conflicto que permita verificar si el interés regulado extrapenalmente alude al mismo objeto de valoración sobre el que recae la conceptualización de la conducta como típica, así como si, una vez afirmada dicha identidad de objeto y contexto normativo, no concurrió en el caso un ejercicio ilegítimo del derecho en cuestión.

16. Todo ello no obsta a que deban tenerse presente las diferencias en la configuración de la antijuridicidad en Derecho civil o Derecho administrativo frente a aquella que se produce en el ámbito penal. En los primeros el concepto de antijuridicidad viene fundamentalmente determinado por la simple causación de un estado jurídicamente desaprobado, mientras que en Derecho

penal la necesidad de un desvalor de acción en la configuración del injusto, sea o no acompañado del desvalor de resultado, deviene un requisito esencial.

El juicio de antijuridicidad no es único y general para todas las ramas del Derecho, sino que éste debe recaer en Derecho penal sobre la pertinencia del mantenimiento de la prohibición bajo amenaza de pena del comportamiento típico en el supuesto conflictivo suscitado.

17. El mantenimiento por parte de la concepción unitaria de la exclusión de toda consecuencia jurídica en las causas de justificación resulta desvirtuado por la función específica de cada rama del Derecho. Ello no supone una vulneración del principio de unidad del ordenamiento jurídico, sino que, por el contrario, dicho principio exige una tarea de diferenciación entre las tareas correspondientes a cada sector en orden al desarrollo del mismo, de modo que no devenga en un mero postulado vacío de contenido.

18. El ámbito de lo prohibido es concretamente delimitado en cada sector del Derecho desde puntos de vista diferentes, en los que adquiere notoria relevancia la remisión a las consecuencias jurídicas. La negación de diferentes efectos en cada ámbito del Derecho parte de un concepto general de antijuridicidad que, sin embargo, una vez verificada la previa tipicidad de la conducta, su mantenimiento concuerda poco con el hecho de que la justificación en el caso concreto requiera la ponderación de criterios vinculados a los fines de cada sector.

Dado que los objetos, criterios normativos y fines de las distintas ramas jurídicas son divergentes, la antijuridicidad que resulta

excluida en los casos genéricos de cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho no puede ser una general y unitaria, sino que, al margen de que otras consecuencias eventualmente concurrentes en el supuesto concreto requieran o no el presupuesto de antijuridicidad, la antijuridicidad que excluye la causa de justificación prevista en el artículo 20.7 del Código Penal es, y debe ser, exclusivamente penal.

19. La posibilidad de consecuencias jurídicas derivadas del ejercicio de derechos puede concurrir en la práctica, en aquellos supuestos en que exista una norma que expresamente las imponga. Ciertamente es que en estos casos, a través de la expresión “legítimo” contenida en la Ley, tiene lugar una previa ponderación de intereses en la que quedan descartados los supuestos de abuso del derecho, mas también las actuaciones plenamente conformes a Derecho pueden originar la obligación de indemnizar, sin resultar por ello desvirtuada dicha ponderación, sino precisamente como resultado de esta última.

La razón es que no se estima justo que el sacrificio recaiga en tales casos exclusivamente sobre la esfera patrimonial del titular del interés sacrificado. Pero esta apreciación no se halla vinculada a un concepto de antijuridicidad general necesario.

20. En el ámbito de la legítima defensa, dado que se parte de una agresión antijurídica previa y al regir el principio de responsabilidad por la organización, no cabe la imposición de responsabilidades civiles anudadas a la acción defensiva realizada. Así, el componente supraindividual implícito en la protección del orden jurídico que la misma conlleva, entendido éste en sede de legítima defensa en su sentido global y unitario, debe determinar la ausencia de toda consecuencia jurídica en la

actuación del agredido con respecto a la previa agresión antijurídica llevada a cabo por el agresor.

En cuanto a la responsabilidad civil conectada al requisito de la necesidad racional del medio empleado, supondría una contradicción axiológica que, una vez denegado el exceso intensivo en la defensa del agredido que no ha creado la situación de conflicto y cuya actuación tiende a la protección del ordenamiento jurídico, se admitiera la imposición de responsabilidad civil.

Ello no implica la atribución a la legítima defensa de una naturaleza unitaria, frente al carácter específicamente penal de las demás causas de justificación, sino que son precisamente las referencias teleológicas propias de esta eximente las que determinarán, en su caso, la inexistencia de efectos ulteriores.

21. Aunque se rechace un concepto unitario de antijuridicidad, resulta preferible desde el punto de vista procesal una discusión sobre la eventual concurrencia de causas de justificación en el acto del juicio oral, revestido de todas las garantías (a pesar de la petición de sobreseimiento), con posibilidad de responsabilidad civil no obstante la estimación de una eximente justificante.

Sin embargo, debe ponerse de manifiesto que pueden concurrir supuestos en los que la exclusión del tipo sea más difícil de acreditar que la propia ausencia de antijuridicidad, como acaece en los supuestos del tercer escalón de la imputación objetiva (autopuesta en peligro, consentimiento) o en los casos de desviaciones causales o cursos causales hipotéticos.

II. 1. El modelo diferenciador no teleológico de antijuridicidad parte de la introducción de categorías adicionales a las causas de justificación con base en la negación de dos elementos definidores tradicionalmente atribuidos a tales causas: la equiparación de éstas con la emisión de un juicio de valoración positiva de la conducta por parte del ordenamiento, y la imposición al sujeto afectado de un deber de tolerancia, en correlación con el derecho de intervención en bienes ajenos que se atribuye al autor.

2. La teoría del ámbito libre del Derecho yerra en la rigidez del concepto de antijuridicidad del que se sirve, partiendo de un concepto general desligado de premisas funcionales y determinado por la necesidad de afirmar la valoración positiva de la conducta. Dicha teoría procede igualmente a pesar de su negación a la realización de un juicio normativo por parte del ordenamiento jurídico, al renunciar a la apreciación de un injusto penal en atención a las circunstancias particulares del contexto justificante.

3. El ordenamiento jurídico no puede sustraerse a una valoración una vez producida la lesión o puesta en peligro del bien jurídico. La propia constitución de una categoría de “causas simples de exclusión del injusto” refleja el establecimiento de un instituto jurídico novedoso y con efectos propios, debiendo distinguirse el plano previo a la determinación del carácter típico del comportamiento y aquél en que concurren los elementos fundamentadores del injusto penal.

La virtualidad del principio de permisión de la lógica deóntica, en virtud del cual “lo no prohibido está permitido”, requiere su conexión con las particularidades del orden jurídico en que la

infracción de la norma ha sido afirmada, marcada por la producción de una consecuencia jurídica específica, como es la pena, y sólo dentro de lo delimitado previamente por el injusto típico podrá postularse la eficacia de dicha norma, sin pretender la extrapolación de su contenido al conjunto del ordenamiento jurídico.

Toda acción u omisión cuya consecuencia jurídica no sea una pena, no puede sancionada con esta concreta consecuencia, pero afirmada la lesión del bien jurídico como sucede en los supuestos de causas de exclusión del injusto, regirá el principio consistente en que todo lo que no esté justificado será antijurídico penalmente, sin perjuicio de su ulterior valoración en las restantes categorías del delito.

4. La introducción de la categoría del ámbito libre del Derecho no es necesaria porque la referencia básica en materia de justificación no es la valoración positiva de la conducta ni la conformidad a Derecho en general. En segundo lugar, porque la pretendida neutralidad valorativa no concurre en los conflictos existenciales objeto de su análisis, sino que previamente ha tenido lugar la afirmación de la tipicidad de la conducta, con producción de un desvalor de resultado y en el que se discute en numerosas ocasiones acerca de criterios de imputación objetiva a su autor o de la exención de pena en atención a la disminución del contenido de injusto del hecho.

Su carácter innecesario se patentiza en los efectos atribuidos a tales causas, que coinciden con los otorgados a las eximentes justificantes excepto en lo atinente a la posibilidad de legítima defensa del afectado por la acción, sin que dicha característica

justifique la introducción de una nueva categoría, al no constituir elemento definidor de las causas de justificación.

5. La introducción en el debate de una justificación a través del procedimiento, basada en la disminución de la confianza en el acceso de los hombres a la realidad desde el punto de vista de una teoría del conocimiento, ostenta la virtualidad de delimitar *ex ante* las pautas a seguir por el ciudadano en el contexto situacional justificante.

Sin embargo, del análisis de sus presupuestos se infiere que ésta, o bien es subsumible en la infracción del deber objetivo de cuidado en el marco de la imputación objetiva de la conducta, o bien concreta procedimentalmente reglas superiores de justificación, que no vienen determinadas por una aprobación positiva de la conducta. De este modo, tal construcción debe rechazarse al no ser necesarias ulteriores distinciones dogmáticas en orden a concretar en este ámbito los presupuestos de delimitación de un injusto penal.

6. La clasificación de las causas de justificación que distingue entre autorizaciones de acción y autorizaciones de intervención pretende reflejar la idea de que la tolerancia frente a la acción justificada no podrá ser en todo caso afirmada, pero no es consecuente introducir escalones dentro de la antijuridicidad o de la culpabilidad únicamente en relación con los efectos producidos, máxime cuando la fundamentación de las causas de justificación desde una perspectiva teleológica permite abarcar los casos en los que conducta en concreto no es merecedora ni necesitada de pena, pero cabe reaccionar frente a ella dentro de los parámetros estrictos que proporciona el principio de proporcionalidad.

7. Por lo que concierne a la división operada entre causas de justificación de la acción y causas de justificación del resultado, mediante esta clasificación se procede a incluir supuestos que son encuadrables ya en la tipicidad de la conducta, con base en la ausencia del desvalor subjetivo de acción por no concurrencia de dolo o imprudencia, como acaece en los casos de actuación conforme al deber objetivo de cuidado.

A idéntica conclusión se llega en relación con los supuestos de adecuación social o riesgo permitido, en los que el filtro normativo que representan puede tener lugar en un escalón previo en la sistemática del delito, mediante el criterio de la creación de un riesgo penalmente relevante como primer escalón de la teoría de la imputación objetiva.

En los supuestos específicos de cumplimiento de un deber, en los que subyacen posibilidades institucionalizadas de rectificación (detención conforme a deber de examen), el procedimiento especial articulado por el ordenamiento jurídico para defenderse de acciones consideradas injustas debe prevalecer con efecto oclusivo sobre un estado de necesidad defensivo como regulación general.

La inclusión como causa de justificación de la acción de todas las situaciones de necesidad, sin discernir entre estado de necesidad agresivo y defensivo, no resulta aceptable en atención a la equiparación de efectos que conlleva. No es admisible el estado de necesidad defensivo en los casos en que el interés salvado prepondera esencialmente sobre el lesionado.

8. La clasificación efectuada por Hruschka entre justificación intrasistemática y justificación extrasistemática no puede conceptuarse como un modelo de justificación específicamente penal. El hecho de que estas últimas afirmen la inexistencia del deber de obediencia a la norma no implica tal distinción, sino que pone de relieve en el juicio de antijuridicidad la toma en consideración de intereses en un contexto más amplio, ajeno a una mera excepción de los descritos en las normas de comportamiento.

9. En la división dentro de las reglas de comportamiento tanto en su función prospectiva de mandatos o prohibiciones y reglas permisivas como en su función de retrospectiva como baremo de medición, no hallamos la diferenciación propia de las teorías teleológicas entre diversas causas de justificación, sino la concreción de una concepción unitaria en cuanto coordina la valoración penal del hecho con la apertura a consideraciones contextuales en atención al conjunto del ordenamiento jurídico.

En consecuencia, mediante esta clasificación nos hallamos ante la sustitución del modelo esquema tipicidad/antijuridicidad (ya se entienda la relación en sentido indiciario o como tipo total de injusto) por el constituido por la estructura delictiva tripartita representada por la diferenciación entre las reglas de comportamiento y las reglas de imputación en dos niveles, que sustituye al dualismo tradicional norma de determinación-norma de valoración.

10. Por lo que concierne a la distinción entre justificación supraindividual, cuyo fundamento se halla en la práctica social o estatal y que es aceptada en su valoración positiva por el ordenamiento, y justificación por persecución de un fin

individual, que precisa de una consideración del bien realizada a través de la acción que relativice la lesión del bien jurídico y prevalezca en la situación concreta, nos hallamos de nuevo ante la incorrección de estructurar la infracción del deber objetivo de cuidado como causa de justificación, de trasladar la normativización del tipo al campo de la justificación penal.

Se aprecia asimismo en dicha concepción una excesiva vinculación al distanciamiento efectuado frente al finalismo, no justificándose una subdivisión tal únicamente por la diversa conformación del elemento subjetivo de justificación.

11. En la teoría de la responsabilidad por el hecho se aprecia el acierto de situar el punto de mira en ciertos casos que difícilmente pueden ser explicados con el instrumental dogmático de una antijuridicidad que exige una aprobación positiva de la conducta y una culpabilidad entendida en sentido individual.

Sin embargo, a mi juicio no es necesaria la introducción de dicha categoría para deslindar con claridad el mantenimiento del fin preventivo de la norma frente a los supuestos de disminución del contenido de injusto del hecho.

Por el contrario, la cuestión fundamental no radica en el mantenimiento de la vigencia de una norma que declara la conformidad o disconformidad a Derecho, sino en aquélla que afirma la idoneidad y necesidad de la pena respecto de una norma configurada con arreglo a criterios teleológicos.

12. Son las referencias específicamente penales que se han tenido en cuenta para delimitar la conducta prohibida las que

deben considerarse también en la exclusión del injusto, incluyendo los supuestos de disminución significativa del contenido de éste. El fin preventivo de mantenimiento de la vigencia de la norma penal no resulta afectado por la exclusión de pena en aquellos casos en que el contenido de injusto disminuye de tal modo que no cabe afirmar la desaprobación jurídico-penal. En consecuencia, la norma a la que aluden los partidarios de la teoría de la responsabilidad por el hecho es en todo caso una norma de conducta penal.

13. La discusión procesal de los presupuestos fácticos en torno a los supuestos de disminución del injusto relevante para la exención de responsabilidad debe tener lugar en el seno del juicio oral, al amparo de lo preceptuado por el artículo 637.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

III. 1. En el que he calificado de “modelo diferenciador teleológico de antijuridicidad” se parte de introducir limitaciones a los presupuestos tradicionales de las causas de justificación mediante la referencia a los fines del Derecho penal. Sin embargo, la consideración de tales postulados conduce a los autores a abogar por nuevas categorías intermedias en el sistema del delito de dudosa relevancia práctica, que pueden ser asumidas por los escalones valorativos tradicionales.

2. El *topos* más recurrido a este respecto es un concepto unidireccional de merecimiento de pena que debe ser revisado, ya que se halla exclusivamente vinculado a criterios de proporcionalidad estricta sin consideración de los fines preventivos y otras referencias teleológicas.

3. La teoría de los presupuestos negativos de merecimiento de pena yerra a mi juicio en la ubicación del merecimiento de pena como categoría autónoma en el seno de la fundamentación del injusto, cuando es notorio que el plano de formulación del injusto debe estar influido por consideraciones específicamente penales.

4. El traslado de condiciones objetivas de punibilidad a este ámbito, como componente del injusto penal a modo de presupuestos positivos de merecimiento, no se compadece bien con el hecho de que no sean abarcadas por el dolo, circunstancia ésta que debería condicionar la aceptación de aquel traslado. También supone una grave incongruencia tratar los casos de error sobre la existencia de un presupuesto negativo de merecimiento de pena como error de prohibición, dada la separación efectuada de la lesión del bien jurídico merecedora de pena frente a los elementos del tipo legal. Se trata, en suma, de una subdivisión sistemática que no aporta una referencia teleológica autónoma que justifique su existencia.

5. Las causas de exclusión de la tipicidad penal o de la relevancia penal abarcan supuestos tales como el principio de insignificancia, la tolerancia social, la adecuación social no justificante, el consentimiento no justificante pero penalmente relevante, o los casos de inexigibilidad penal general.

Sin embargo, los casos englobados en tal categoría presentan la característica principal de atender a referencias valorativas incardinables en el propio plano de la fundamentación del injusto. La mayoría de ellos se resuelven mediante la restricción normativa que supone el primer escalón de la teoría de la

imputación objetiva: no se ha creado en estos casos un riesgo penalmente relevante.

6. La introducción de dicha categoría responde a mi juicio a una concepción del tipo indiciario excesivamente orientada a la perturbación del bien jurídico como referencia básica y a la descripción legal del hecho punible, desvinculada de la extraordinaria riqueza aportada por la imputación objetiva al plano de delimitación del injusto.

7. El modelo diferenciador teleológico alcanza su máximo exponente en el desarrollo de un concepto de antijuridicidad específicamente penal, que no impediría la subsistencia en el sistema del delito de la antijuridicidad concebida en sentido clásico, como juicio de conformidad de la conducta con el conjunto del ordenamiento jurídico.

No obstante, la creación de tal categoría se enfrenta en mi opinión a graves objeciones que he clasificado en tres grandes bloques.

8. En primer término, la falta de seguridad jurídica e innecesariedad de la nueva categoría. Los casos problemáticos que pretenden englobarse en su seno pueden ser encuadrados en las categorías dogmáticas tradicionales, incluyendo la alusión a la disminución del contenido de injusto del hecho como fundamento de la exención. Asimismo, la introducción de una nueva subdivisión en esta sede vinculada a la valoración positiva de la conducta en las causas de justificación tradicionales contradice y amplía la verdadera esencia y finalidad de éstas.

9. En segundo lugar, las causas genuinas o propias de exclusión del injusto penal conducen a la confusión entre los elementos del injusto y la culpabilidad en la teoría del delito, desbordando los límites entre justificación y exculpación en Derecho penal. La afirmación de una antijuridicidad configurada a través del criterio de merecimiento de pena como expresión penal de principio constitucional de proporcionalidad debería conllevar idénticos presupuestos para la exclusión del injusto y no la adición de un escalón intermedio entre antijuridicidad y culpabilidad: todas las causas de justificación son, a mi juicio, causas de exclusión del injusto penal.

Junto a ello, deben ser objeto de revisión las referencias axiológicas de dicha concepción, en la medida en que se vincula a un concepto restringido de merecimiento de pena y obvia consideraciones normativas atinentes a los fines preventivos del Derecho penal.

10. En este sentido, y en tercer lugar, la teoría de las causas de exclusión del injusto penal incurre en la contradicción que supone reformular con criterios político-criminales la categoría de la antijuridicidad sin renunciar en ningún momento al mantenimiento de una antijuridicidad unitaria.

11. La función preventiva de esta categoría no es distinguir entre lo permitido y lo prohibido en general, sino entre lo prohibido bajo amenaza de pena y lo permitido desde dicha perspectiva específica. Los supuestos de situaciones análogas al estado de necesidad o a la legítima defensa por disminución del contenido del injusto hasta un grado insignificante pueden conllevar la renuncia a la prohibición penal de la conducta. En los supuestos en que la disminución reseñada no alcance tal relevancia,

pueden operar los mecanismos de la eximente incompleta de los artículos 21.1 y 68 del Código penal.

12. La distinción entre causas genuinas y no genuinas propugnada por el modelo diferenciador teleológico, con diferencia de efectos en sus relaciones con terceros, divide la fuerza normativa configuradora de las esferas organizativas ajenas afectadas, sin que sea adecuada a mi juicio la legítima defensa frente a acciones que únicamente sobrepasan de modo insignificante los límites de lo permitido. Tales conflictos pueden ser resueltos, en su caso, mediante la admisibilidad de la reacción en estado de necesidad defensivo.

13. La concepción basada en la escisión de la norma (*Normspaltung*) también denominada ambivalencia de la norma (*Normambivalenz*), desarrollada fundamentalmente por Tiedemann, se ancla fundamentalmente en la distinción clásica entre norma de comportamiento, extrapenal y ajena a consideraciones teleológicas y norma de sanción, en la que hallarían cobijo la totalidad de los principios y garantías constitucionales vinculadas a la imposición de la pena estatal.

Sin embargo, considero que la introducción de los fines político-criminales en el ámbito de las causas de justificación debe partir de un concepto de norma de conducta configurada en atención a su referencia estrictamente penal, a la prohibición bajo amenaza de pena de realización de determinados comportamientos en cuanto entrañan una lesión o puesta en peligro de bienes jurídico-penalmente protegidos.

La teoría de la *Normspaltung* no conlleva ningún elemento adicional a la tradicional vinculación de consecuencias jurídicas

diversas anudadas a los injustos genéricos de cada sector del ordenamiento, en el ámbito de la selección y determinación del injusto penalmente relevante. No puede calificarse propiamente, por tanto, de modelo diferenciador teleológico de justificación penal, puesto que la distinción no fluye entre las categorías sistemáticas, sino que se incardina exclusivamente en el plano de la tipicidad.

IV. 1. Las anteriores consideraciones críticas nos llevan a abogar por el que he denominado modelo unitario teleológico de justificación penal. Tal calificación responde a los dos puntos de referencia básicos en su delimitación: en primer lugar, la función de las causas de justificación debe ser determinada por los fines preventivos y las garantías propias del Derecho penal, y no por un juicio global de adecuación a Derecho que pretenda unificar la totalidad de las consecuencias jurídicas aplicables a la situación de conflicto.

2. En segundo término, la consideración de los fines y garantías específicamente penales debe impregnar el contenido de la totalidad de las causas de justificación de modo unitario, sin que resulte fructífera la creación de categorías intermedias adicionales en virtud de la distinción entre una función unitaria y una función teleológica de las causas de justificación.

3. Todas las causas de justificación son consideradas en este modelo causas de exclusión del injusto penal. La extensión de sus efectos más allá de esta rama del Derecho vendrá determinada por consideraciones vinculadas al principio de *ultima ratio* del Derecho penal y en consecuencia a los principios de subsidiariedad y proporcionalidad derivados de aquél, pero no a su intrínseca naturaleza.

4. Los efectos de las causas de exclusión del injusto penal son idénticos a los fijados tradicionalmente para las causas de justificación, excepto en el aspecto relativo a la exclusión de toda consecuencia jurídica en otros sectores del ordenamiento, ya que la unidad de éste no se ve afectada por la eventual divergencia de efectos en atención al contenido específico de cada injusto.

5. El modelo unitario teleológico propugnado no pretende una restricción del ámbito de la justificación penal sino que por el contrario permite extender el alcance de la exención a supuestos de insignificancia o graduación del injusto que de otro modo no tendrían cabida o serían subsumidos en el terreno de las eximentes incompletas. Al mismo tiempo, se distingue claramente de los casos de restricción normativa del tipo mediante el instrumental dogmático de la teoría de la imputación objetiva.

6. La amplitud e inconcreción de la fórmula de la ponderación de intereses y del interés preponderante como criterios rectores de la justificación penal no ha sido subsanada en el ámbito de la doctrina funcionalista. En el fondo de las sistematizaciones de principios comunes a la justificación penal, tanto desde el punto de vista de las teorías monistas como de las pluralistas, late un planteamiento acentuadamente utilitarista (en el sentido del utilitarismo consecuencialista) que no subraya de modo suficiente las referencias axiológicas que fueron tomadas en consideración en la selección del injusto penalmente relevante, denotando una asimetría paradójica.

7. Las referencias normativas básicas para la justificación de la conducta no pueden dejar de lado los fines propios del Derecho

penal y las razones que motivaron la intervención del *ius puniendi* en la configuración de las conductas penalmente relevantes.

8. El proceso cuantitativo propio de los planteamientos tradicionales es excesivamente restrictivo, y no refleja plenamente el marco normativo que debe operar en sede de justificación. Los valores que determinaron la delimitación de la conducta prohibida en el ámbito del tipo deben también hallar su reflejo en el ámbito de la exclusión del injusto, sin que las exigencias normativas para justificar la conducta deban ser más elevadas en atención a la necesidad de afirmar una conformidad general a Derecho de la conducta.

9. Los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la sanción penal deben configurarse a mi juicio como los criterios rectores de la justificación penal. A través de tales principios rectores deben hallar cabida, no sólo las finalidades específicas de esta rama del Derecho, sino también los principios garantísticos reconocidos en nuestra norma fundamental.

10. Por lo que respecta al criterio de idoneidad, parto de la idea de que la finalidad preventiva del Derecho penal se halla anudada a la previa amenaza de pena como referencia teleológica específica, de modo tal que la idoneidad del medio para conseguir los fines legítimos pretendidos por el Derecho penal convierte en indisoluble la relación entre norma y sanción, sin que quepa desvincular la una de la otra.

11. La idoneidad de la reacción penal en sede de justificación debe modular su contenido, de manera que sólo quepa mantener

la ilicitud de la conducta típica en cuanto sea necesario para la ratificación de la norma penal vulnerada.

Dicho criterio se articula con base en su aptitud para la protección de los bienes jurídico-penalmente relevantes, mediante la prohibición bajo amenaza de pena de la lesión o puesta en peligro de aquéllos. La legitimación de la sanción penal en el escalón de la antijuridicidad también debe apelar a la misión preventiva de protección de bienes jurídicos y no a una declaración general de conformidad a Derecho.

En el escalón valorativo de la antijuridicidad lo decisivo no es a mi juicio la afirmación de un derecho de intervención en esferas organizativas ajenas, sino la autorización de la conducta desde la perspectiva de la finalidad de la norma penal, que igualmente puede revestir la forma de facultad.

12. Por lo que respecta a la necesidad de pena, constituye en el ámbito de la justificación penal la expresión del principio de *ultima ratio* y de los derivados de subsidiariedad y carácter fragmentario en la protección de los bienes jurídico-penales. Tales principios deben actuar no sólo en la fundamentación sino también en la exclusión del injusto penal.

Dicho criterio es el que permite la introducción en Derecho penal de permisos provenientes de otras ramas del ordenamiento jurídico, así como la producción de efectos extrapenales por parte de las causas de exclusión del injusto.

13. La noción de subsidiariedad, como principio que expresa que sólo debe recurrirse a la sanción penal cuando no exista un medio menos lesivo para la resolución del conflicto, recoge en

esta sede la idea de compatibilidad de los fines del Derecho penal con los principios garantísticos reconocidos en nuestro texto constitucional.

14. La necesidad de pena permite introducir la dinámica de los cambios sociales en la teoría del delito a través de las causas de justificación. Frente al concepto de merecimiento de pena, excesivamente apegado al concepto de bien jurídico en lugar de al atinente al interés social, deben introducirse a mi juicio en la ponderación criterios preventivos, que respeten a su vez principios garantísticos como los de legalidad y seguridad jurídica.

En el marco de la necesidad de pena debe superarse la concepción estricta de las causas de justificación como normas permisivas. Lo característico de éstas no es el otorgamiento de un derecho de injerencia en esferas organizativas ajenas, sino el reconocimiento de una situación de conflicto y la valoración de la gravedad de la infracción en el contexto justificante intersubjetivo en aras de apreciar o no la exención.

La necesidad de pena permite justificar supuestos límite en los que no existe una solución unívoca en el ámbito de la ética, por lo que resulta arduo apreciar una valoración positiva de la conducta, o la jerarquía de intereses resulta difícil de afirmar, siempre que no se ocasione un desvalor superior. También resulta válida para el otorgamiento de fuerza justificante al ejercicio de los derechos fundamentales.

15. La necesidad de pena es el ámbito en el que deben incardinarse también las consideraciones de oportunidad y conveniencia de la sanción penal en el caso concreto, sin

reconducirlas en su totalidad a la categoría de la punibilidad. La característica definidora de una causa de justificación es excluir la pena, no toda consecuencia jurídica. En la necesidad de pena se explicita la tensión entre fines individuales y supraindividuales del Derecho penal, el equilibrio y la limitación de los fines preventivos de la Política criminal mediante los principios garantísticos que configuran nuestro Estado social y democrático de Derecho. Se trata del procedimiento empleado desde la perspectiva procesal para la autorización de intervenciones judiciales en derechos fundamentales del individuo.

16. Por lo que concierne al criterio de la proporcionalidad en sentido estricto, mediante éste se permite introducir en el ámbito de la justificación la relevancia de la graduación del injusto para la exención de responsabilidad.

Al mismo tiempo, habilita para la introducción de criterios de insignificancia en la valoración del contexto justificante, de modo que llegue a alcanzarse la exclusión de la responsabilidad penal en casos en los que aún subsista un contenido disminuido de desvalor del hecho.

El criterio de creación de un riesgo penalmente relevante es aplicable también como pauta teleológica a los supuestos de justificación por disminución notoria del contenido del injusto del hecho, en los que no concurrirá la necesidad preventiva de ratificación de la norma penal vulnerada.

17. El límite de la proporcionalidad no debe ser reconducido a una noción de merecimiento de pena separada del criterio de necesidad de pena desarrollada en el presente trabajo, sino que

ambos conceptos deben formularse de manera unificada en la explicitación de las referencias teleológicas que legitiman la intervención penal.

18. El principio de proporcionalidad debe tener como referencia la mayor causación de provecho que perjuicio en orden a la retirada de la sanción penal, en conexión con los fines preventivos de esta categoría del delito. De este modo, cuando al legislador estatal le resulte imposible ofrecer una solución alternativa válida al conflicto intersubjetivo planteado, debe afirmarse la justificación penal de la conducta.

19. No constituye elemento definidor de la justificación penal la imposición generalizada de deberes de tolerancia frente a terceros (que concurre también en las causas de atipicidad de la conducta), sin perjuicio de que la regla de proporcionalidad sea precisamente el elemento que module la intensidad de la reacción admisible por parte de la víctima de la intervención en función de la situación de necesidad (estado de necesidad agresivo, estado de necesidad defensivo y legítima defensa).

20. El modelo unitario teleológico de justificación abre en definitiva el campo a una futura reinterpretación de las concretas eximentes justificantes que, más allá de la solución social de conflictos, permita reducir la violencia de la intervención punitiva estatal y adecuar la resolución del caso a los fines y garantías específicos de este sector del ordenamiento, ponderando si la conducta en el contexto justificante y de acuerdo con el contenido antes desarrollado se ajusta a los parámetros constitucionales de idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la sanción penal.

BIBLIOGRAFÍA

ALTPETER, F., *Strafwürdigkeit und Straftatsystem*, 1990.

AMELUNG, K., *Zur Kritik des kriminalpolitischen Strafrechtssystems von Roxin*, JZ, 1982; también en SCHÜNEMANN, B. (edit.), *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, Berlín y Nueva York, 1984, pp. 85 y ss.

ANTÓN ONECA, J. Derecho penal. Parte General 1986 (2ª ed. Añota y puesta al día por Hernández Guijaro, J.J. y Beneytez Merino, L.)

APPEL, I. *Verfassung und Strafe. Zu den verfassungsrechtlichen Grenzen staatlichen Strafens*, Schriften zum Öffentlichen Recht, 1988.

ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J., *Las piezas del Derecho*, ed. Ariel, 2ª ed., 2005.

BACIGALUPO, E., Principios de Derecho penal. Parte General, 5ª ed., 1998.

- *Entre la justificación y la exclusión de la culpabilidad*, en La Ley, 1986, nº 4.

- *Unrechtsminderung und Tatverantwortung*, GS für Armin Kaufmann, C. Heymanns Verlag, 1989.

BALDÓ LAVILLA, F., *Estado de necesidad y legítima defensa: un estudio sobre las "situaciones de necesidad"*, J.M. Bosch ed., 1994.

BATISTA GONZALEZ, M.P. *Medios de comunicación y responsabilidad penal*, ed. dykinson, Madrid, 1998.

BAUMANN/WEBER/MITSCH, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 11ª ed., 2003.

BAUMGARTEN, A. *Notstand und Notwehr*. Eine Studie im Hinblick auf das künftige Strafrecht, Tübingen, 1911.

BELING, E. *Die Lehre vom Verbrechen*, 1906 (Reed. 1964).

BERNSMANN, *Entschuldigung durch Notstand*, Studien zu 35 StGB, Köln, Berlin, Bonn, München, 1989.

BIERLING, E.R., *Juristische Prinzipienlehre*, I, ed. Ulan Press, 2012.

BINDING, K., *Die Normen und ihre Übertretung* (Band I (Normen und Strafgesetze), 2ª ed., 1890.

-*Systematisches Handbuch der Deutschen Rechtswissenschaft*, 1885.

-*Handbuch des Strafrechts*, 1 Band, Duncker Humblott, Leipzig, 1885.

BLEI, H., *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 18ª ed., Munich, 1983.

BOTT, H. *In dubio pro Straffreiheit? Untersuchungen zum Lebensnotstand*, C.F. Müller, 2011.

BUSTOS RAMÍREZ, J.J./HORMAZÁBAL MALARÉE, H., *Nuevo Sistema de Derecho Penal*, ed. Trotta, 2004.

CANCIO MELIÁ, M. *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*, J.M. Bosch ed., 1998.

CARACCIOLI, I., *L'esercizio del diritto*, 1965.

CARBONELL MATEU, J.C , *La justificación penal*, Edersa, Madrid, 1982.

- *El sistema de la justificación en el art. 20 CP 1995*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, XXVII, 1996.

- *La justificación penal: balance y perspectivas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008.

CEREZO MIR, J., *La eximente de obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo*, ADPCP, 1987-II.

- *Curso de Derecho Penal español*, II, Teoría jurídica del delito, PG, 6ª ed., 1998.

- *Consideraciones generales sobre las causas de justificación en el derecho penal español*, FS für H.H. Jescheck, Band I, 1985.

- *Valor de la acción y valor del resultado en las causas de justificación*, en *Estudios Penales en homenaje a Enrique Gimbernat* (coord.) por Carlos García Valdes, Margarita Valle Mariscal de Gante, Antonio Rafael Cuerda Riezu, Margarita Martínez Escamilla, Rafael Alcácer Guirao, Vol 1, 2008.

COBO DE ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho penal*, PG, 5ª ed., 1999.

COMES, H. *Der rechtsfreier Raum. Zur Frage der normativen Grenzen des Rechts*, 1976.

CORTÉS ROSA, M., *La función de la delimitación de injusto y culpabilidad en el sistema del Derecho penal*, en *Fundamentos de un Sistema Europeo del Derecho Penal*, LH a Claus Roxin, 1995.

CUELLO CONTRERAS, J. El derecho penal español, PG 3ª ed, 2002.

CUERDA RIEZU, A. *La colisión de deberes en derecho penal*, ed. Tecnos, Madrid, 1984.

DA COSTA ANDRADE, M., *Merecimiento de pena y necesidad de tutela penal como referencias de una doctrina teleológico-racional del delito*, en Fundamentos de un Sistema europeo de Derecho Penal, Libro Homenaje a Claus Roxin.

DE LA GÁNDARA VALLEJO, B. *Consentimiento, Bien jurídico e Imputación objetiva*, ed. Colex, 1995.

DEUTSCH, E., *Haftungsrecht und Strafrecht, en Rechtswissenschaft und Gesetzgebung*, FS für Eduard Wahl, 1973.

DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *La categoría de la antijuridicidad en Derecho penal*, en *Causas de justificación y de atipicidad en Derecho penal*, ed, Aranzadi, 1995.

DINGELDEY, T. *Pflichtenkollision und rechtsfreier Raum*, JURA 1979.

DRESSLER, J. *New thoughts about the concept of justification in the criminal law: a critique of Fletcher's Thinking and Rethinking*, 32 U.C.L.A. Law Review 61 (1984).

EIRANOVA ENCINAS, E., *Defensas penales*, en Dogmática y Ley penal. Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo, ed. Marcial Pons, 2004.

ENGISCH, K., *Die Einheit der Rechtsordnung*, 1935.

ESER, A. y FLETCHER, G. (Hrsg.), *Rechtfertigung und Entschuldigung. Rechtsvergleichende Perspektiven*, Max Planck, Freiburg, 1987.

ESER, A y BURKHARDT, B. Derecho Penal. Cuestiones fundamentales de la Teoría del Delito sobre la base de casos de sentencias, ed. Colex, 1995.

ESER, A, en ESER/KOCH, *Schwangerschaftsabbruch im internationalen Vergleich, Tercera parte: Rechtsvergleichender Querschnitt- Rechtspolitische Schlussbetrachtungen- Dokumentation zur neueren Rechtsentwicklung*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1999.

ESER, A en ESER/KOCH, en *Das neue Schwangerschaftsabbruchsstrafrecht auf dem Prüfstand*, NJW, 1992.

FEHSENMEIER, W., *Das Denkmodell des strafrechtsfreien Raumes unter besonderer Berücksichtigung des Notstandes*, 1970.

FEIJÓO SANCHEZ, B.J., *El injusto penal y su prevención ante el nuevo código penal de 1995*, ed. Colex, 1997.

FERNANDEZ, G.D., *El elemento subjetivo de justificación en derecho penal.*, Julio Cesar Faria Ed. Buenos Aires, 2015.

FEUERBACH, P.J.A., *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts*, 14^a ed., 1847.

FISCHER, H.A., *Die Rechtswidrigkeit mit besonderer Berücksichtigung des Privatrechts*, 1911.

FISCHER, T., *Die Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 62 ed., 2015.

FLETCHER, G.P., *Rethinking Criminal Law*, Little, Brown and Company, Boston, Toronto, 1978.

-*The Right and the Reasonable*, 98 Harvard Law Review 949 (1985).

-*The Right to Life*, 13 Geo. Law Review. 1371 (1979).

-*Should intolerable prison conditions generate a Justification or an Excuse for escape?* 26 U.C.L.A. Law Review. 1355 (1979).

FRISTER, H., *Die Notwehr im System der Notrechte*, GA, 1988.

-Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7ª ed., 2015.

FREUND, G., *Sobre la función legitimadora de la idea de fin en el sistema integral del Derecho Penal*, en *El sistema integral del Derecho penal, Delito, determinación de la pena y proceso penal*, ed. Marcial Pons, 2004.

-Strafrecht, Allgemeiner Teil, Personale Strafrechtlehre, 2ª ed, 2009.

GALLAS, W., *Beiträge zur Verbrechenslehre*, 1968.

GALLAS, W. *Zur Struktur des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs*, en FS Für Bockelmann, 1979.

GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M., *Ilícitud, culpa y estado de necesidad (Un estudio de responsabilidad extracontractual en los Códigos penal y civil)*, ed. Dykinson, 2006.

GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal. Proceso Penal*, 2012.

GIMBERNAT, E, *Prólogo al libro de A. Cuerda Riezu: La colisión de deberes en Derecho Penal*, tecnos, Madrid, 1984

- *El estado de necesidad: un problema de antijuridicidad*, *Estudios de Derecho penal*, 3ª ed., 1990.

GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., *El ejercicio legítimo del cargo*, Madrid, 1980.

GÖSSEL, K. H., *Rezension zu Hans-Ludwig Günther Strafrechtswidrigkeit und Straunrechtsauss*, GA 1984.

GRAF ZU DOHNA, A., *Die Rechtswidrigkeit*, 1905.

GREENWALT, K., *Distinguishing Justifications from Excuses*, 49 Law & Contemp. Probs. 89 (1966).

-*On the perplexing borders of Justification and Excuse*, 84 Colum. L. Rev. 1897 (1984).

GROOP, W., *Der Strafloße Schwangerschaftsabbruch, Die rechtliche Einordnung der Straffreiheit zu 218 StGB*, Tübingen, 1981.

-Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4^a ed, 2015.

GRUNWALD, A. *Das prädiskursive Einverständnis. Wissenschaftlicher Wahrheitsbegriff und prozedurale Rechtfertigung*, Journal for General Philosophy of Science, vol, 29, n° 2, septiembre, 1998.

GUÉREZ TRICARICO, P., *Estudio comparado de la antijuridicidad en la Unión Europea. Algunas reflexiones previas a la construcción de un sistema de causas de justificación europeo en Derecho penal y política transnacional*, Silvina Bacigalupo/Manuel Cancio Meliá (coords.) ed. Atelier, 2005.

GÜNTHER, H.L., *Strafrechtswidrigkeit und Straunrechtsausschluss*, 1983.

-*Rechtfertigung und Entschuldigung in einem teleologischen Verbrechenssystem*, en Rechtfertigung und Entschuldigung.

Rechtsvergleichende Perspektiven, Hrg. Eser-Fletcher, Friburgo, 1987.

- *Die Klassifikation von Rechtfertigungsgründen im Strafrecht*, FS für Spindel, 1992.

- *Verwerflichkeit von Nötigungen trotz Rechtfertigungsnähe*, FS für Jürgen Baumann, 1992.

- *La clasificación de las causas de justificación en Derecho penal*, en Causas de justificación y de atipicidad, LUZÓN PEÑA/MIR PUIG (coordinadores), 1995.

- *Grade des Unrechts und Strafzumessung*, en Kriminalität, Persönlichkeit, Lebensgesichte und Verhalte, Fs für Hans Göppinger zum 70 Geburtstag, 1990.

- *Mordunrechtsmindernde Rechtfertigungselemente*, JR, 1985.

- *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, SK-StGB*, 8^a ed., 2014.

HAFT, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 9^a ed, 2004.

HASSEMER, W., *Die mutmassliche Einwilligung, insbesondere bei Unterschlagung*, JUS 1970.

- *Rezension zu Hans-Ludwig Günther Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss*, NJW 1984.

- *Rechtfertigung und Entschuldigung im Strafrecht. Thesen und Kommentar*, en ESER/FLETCHER, Rechtfertigung und Entschuldigung. Rechtsvergleichende Perspektiven, 771, Max Planck, Freiburg, 1987.

- *Justificación procedimental en el Derecho penal*, en Justificación material y justificación procedimental en el derecho penal, HASSEMER/LARRAURI, ed. Tecnos, 1997.

- *El principio de proporcionalidad como límite de las intervenciones jurídico-penales*, en Límites al Derecho penal, Principios operativos en la fundamentación del castigo, ed. Atelier, 2012.

-HEFENDEHL, R. *La teoría del bien jurídico ¿fundamento del Derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?* Ed. Marcial Pons, 2007.

HELLMANN, U., *Die Anwendbarkeit der zivilrechtlichen Rechtfertigungsgründe im Strafrecht*, Carl Heymanns Verlag KG, 1987.

HIRSCH, H.J. *Strafrecht und rechtsfreier Raum*, FS für Bockelmann, 1979.

- *Die Diskussion über den Unrechtsbegriff in der deutschen Strafrechtswissenschaft und das Strafrechtssystem Delitalas en Studi in memoria di G, Delitala*, 1984.

- *Rechtfertigungsgründe und Analogieverbot*, GS für Zong Uk Tjong, 1985.

- *Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik nach Welzel*, FS Rechtswiss., Fakultät Köln, 1988.

- *Die Stellung von Rechtfertigung und Entschuldigung im Verbrechenssystem aus deutscher Sicht*, en Rechtfertigung und Entschuldigung, III, 1991.

-*Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, LK-StGB*, 1993.

HRUSCHKA, J., *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, 2ª ed, 1988.

- *Extrasystematische Rechtfertigungsgründe*, FS für Dreher, 1977.

- *Reglas de comportamiento y reglas de imputación*, en Causas de justificación y de atipicidad en Derecho penal, LUZÓN PEÑA/MIR PUIG (Coords), Ed. Aranzadi, 1995.

HUERTA TOCILDO, S., *Sobre el contenido de la antijuridicidad*, ed. Tecnos, 1984.

ITURRALDE SESMA, V., *Consideración crítica del principio de permisión según el cual “la no prohibición está permitido”*, en Anuario de Filosofía del Derecho Nueva Época, Tomo XV, 1998.

JAEN VALLEJO, M., *Libertad de expresión y delitos contra el honor*, 1992.

JAKOBS, G., *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed. 1991.

-*Kommentar: Rechtfertigung und Entschuldigung bei Befreiung aus Besonderen Notlagen (Notwehr, Notstand, Pflichtenkollision)*, en Rechtfertigung und Entschuldigung, IV, 1991.

-*¿Existe un aborto lícito de personas?*, en Dogmática de Derecho penal y la configuración normativa de la sociedad, ed. Civitas, 2004.

JESCHECK/WEIGEND, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 5ª ed., 1996.

JIMÉNEZ DE ASÚA, L. *Tratado de Derecho Penal*, V, 1970.

JIMENEZ DIAZ, M.J., *El exceso intensivo en la legítima defensa*, ed. Comares, Granada 2007.

JIMENEZ SEGADO, C., *La exclusión de la responsabilidad criminal. Estudio jurisprudencial penal y procesal*, ed. Dykinson. 2003.

KAUFMANN, Armin, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, 1959.

KAUFMANN, Arthur, *Rechtsfreier Raum und Eigenverantwortliche Entscheidung*, FS für Maurach, 1972.

- *Strafrechtspraxis und sittliche Normen*, JUS 1978.

- *Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert*, 1982.

- *Strafloser Schwangerschaftsabbruch: rechtswidrig, rechtmässig oder was?* JZ 1992.

- *Die Rechtswidrigkeit im Zivil- und Strafrecht, Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert, in Strafrechtsdogmatik zwischen sein und Wert. Gesammelte Aufsätze und Vorträge*, Carl Heymanns Verlag KG. Colonia, Berlin, Bonn, Munich, 1982.

KELSEN, H., *Reine Rechtslehre*, 2ª ed., 1960.

KERN, E., *Grade der Rechtswidrigkeit*, ZStW, 64, 1952.

KINDHÄUSER, U., *Acerca de la génesis de la fórmula “El Derecho no necesita ceder ante el injusto”*, en *La antijuridicidad en Derecho Penal, Estudio sobre las normas permisivas y la legítima defensa*, editorial B de f, 2013.

KIRCHHOF, P., *Unterschiedliche Rechtswidrigkeiten in einer einheitlichen Rechtsordnung*, 1978.

KÖHLER, M., *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1997.

KÜHL, K., *Notwehr und Nothilfe*, JUS 1993.

-Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7ª ed., 2012.

- Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, 28ª ed., 2014.

KÜPER, W., *Grund und Grenzfragen der rechtfertigenden Pflichtenkollision im Strafrecht*, 1979.

-*Der entschuldigende Notstand- ein Rechtfertigungsgrund?* JZ 1983.

-*Differenzierung zwischen Rechtfertigungs und Entschuldigungsgründen: Sachgerecht und notwendig? Überlegungen am Beispiel von "Notstand", "Pflichtenkollision" und "Handeln auf dientsliche Weisung"* en ESER/FLETCHER, *Rechtfertigung und Entschuldigung. Rechtsvergleichende Perspektiven*, 7/1, Mx Planck, Freiburg, 1987.

LANGE, R., *Gesetzgebungsfragen bei den Rechtfertigungsgründen*, FS für Hellmuth von Weber, 1963.

LANGER, W. *Verfassungsvorgaben für Rechtfertigungsgründe*, JR, Enero 1993.

LARRAURI PIJOÁN, E., *Función unitaria y teleológica de la antijuridicidad*, ADPCP, 1995/III.

-*Causas de justificación: criterios de identificación, Justificación material y justificación procedimental en el derecho penal*, ed. tecnos, 1997

LAURENZO COPELLO, P., *El aborto no punible*, ed. Bosch, 1990.

LENCKNER, T., *Der rechtfertigende Notstand, Zur Problematik der Notstandsregelung im Entwurf eines Strafgesetzbuches*, Tübingen, 1965.

LENCKNER, T., *Die Rechtfertigungsgründe und das Erfordernis Pflichtgemässer Prüfung*, en FS für H. Mayer zum 70 Geburtstag, 1996.

LOBE, A., *Der Einfluss des bürgerlichen Rechts auf das Strafrecht*, Festgabe für Reinhard von Frank, I, 1930 (reimpresión 1969).

LOPEZ MESA, M.J. *Antijuridicidad y causas de justificación: contribuciones*. Buenos Aires: Euros Editores: B de F Ltda: Edisofer, 2010.

LUZON DOMINGO, M., *Derecho Penal del Tribunal Supremo*, Parte General, Tomo I, 1964.

LUZÓN PEÑA/MIR PUIG (eds.), *Causas de justificación y de atipicidad en derecho penal*, ed. Aranzadi, 1995.

LUZÓN PEÑA, D.M. *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, ed. Bosch, 1978.

-*Indicaciones y causas de justificación en el aborto*, CPC, 1988.

-*El Error sobre las causas de justificación: algunas precisiones*, Ed. Pen, 1991.

-*Derecho Penal parte general*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.

- *La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena, en Causas de Justificación y de atipicidad en Derecho penal*, Luzón/Mir Puig coord. ed. Aranzadi, 1995..

-*Tráfico y consumo de drogas en La reforma Penal. Cuatro cuestiones fundamentales*, Madrid, 1982.

-Caso fortuito y creencia razonable: error objetivamente invencible y consentimiento presunto como causas de justificación o exclusión de la tipicidad penal, *Revista General del Derecho Penal*, 2008.

-Actuación en conciencia y objeción de conciencia como causa de justificación y como causa de exculpación frente a la punición del delincuente por convicción, *Revista para el análisis del Derecho*, nº 1, 2013.

MANJON-CABEZA OLMEDA, A. *Las excusas absolutorias en Derecho Español*, ed. Tirant monografías, 2014.

MANTOVANI, F. *Diritto Penale*, PG, 8ª ed, 2013.

MARINUCCI, G., *voces Antigiuridicità y Cause di giustificazione* en *Digesto delle Discipline Penalistiche*, 1987.

-*Fatto e scriminanti. Note dommatiche e politico-criminali*, RIDPP, 1983.

-*Corso di Diritto Penale*, I, 1995.

- *Cause di giustificazione*, en *Studi di diritto penale*, 1991.

MARTÍN LORENZO, M. *La exculpación penal: bases para una atribución legítima de responsabilidad penal*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2009.

MASCARELL NAVARRO, Mª J. *El Sobreseimiento libre como alternativa a la apertura del juicio oral en el proceso penal ordinario por delitos más graves*, en *Justicia* num. IV, 1998.

MATELLANES RODRIGUEZ, N.. *Las causas de justificación: teoría general* en Lecciones y materiales para el estudio del derecho penal (coord. IGNACIO BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE), 2010.

MAURACH/ZIPF, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8ª ed., 1992.

MAURACH, R. Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil, 4ª ed.

MAURACH, R., *Schuld und Verantwortung im Strafrecht*, 1948.

MENDEZ RODRIGUEZ, C. *Consideraciones sobre el valor de resultado en las causas de justificación y su relación con el elemento subjetivo de justificación en Problemas actuales del derecho penal y de la criminología: Estudios penales en homenaje a la profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008.

MESTRE DELGADO, E., *La eximente de ejercicio legítimo de un derecho y las causas supralegales de justificación penal*, ed. Edisofer sl., Madrid, 2001.

MEZGER, E., *Strafrecht, Ein Lehrbuch*, 3ª ed., Berlin, München, 1949.

MILTON PERALTA, J., *Motivos reprochables. Una investigación acerca de la relevancia de las motivaciones individuales para el Derecho penal liberal*. (Directores) ORTIZ DE URBINA JIMENO, I/RAGUES I VALLES, R. Ed. Marcial Pons, 2012

MIR PUIG, S., *Significado y alcance de la imputación objetiva en Derech penal*, RPDJP 3 (2002).

-Derecho penal, PG, 10 ed., 2015.

MITSCH, W *Rechtfertigung und Opferverhalten, Schriftenreihe Strafrecht in Forschung und Praxis*, Band 37, Verlag Dr. Kovac, Hamburgo, 1ª ed., 2004.

MOLINA FERNÁNDEZ, F., *El estado de necesidad como ley general (Aproximación a un sistema de causas de justificación)*, en Revista de Derecho penal y criminología, 2ª época, nº extraordinario 1 (2000).

-*Naturaleza del sistema de justificación en derecho penal, en La justificación penal: balance y perspectivas*, Carbonell Mateu/Martínez Garay (coords.), ed. tirant lo blanch, Valencia, 2008.

MORALES PRATS, F, *Adecuación social y tutela penal del honor: perspectiva despenalizadora*, CPC 1988.

MUÑOZ CONDE, F. *La esterilización de deficientes psíquicos: comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional español de 14 de julio de 1994*, Revista de Derecho y genoma humano, 2, 1995.

MUÑOZ CONDE, F/GARCÍA ARÁN, M., PG, 9ª ed., 2015.

NINO, S., *Los límites de la responsabilidad penal, una teoría liberal del delito*, ed. Astrea, 1980.

NOLL, P *Übergesetzliche Milderungsgründe aus vermindertem Unrecht*, ZStW 68 (1956).

-*Tatbestand und Rechtswidrigkeit: Die Wertabwägung als Prinzip der Rechtfertigung*, ZStW 77 (1965).

OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TOCILDO, Derecho Penal. PG. Teoría jurídica del delito, 2ª ed., 1986.

ORTS BERENGUER, E./GONZÁLEZ CUSSAC, S.L., *Compendio de Derecho Penal*, PG, 4ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, 2014.

PAEFFGEN, H.U., en *NK-StGB, Band I*, 4ª ed., 2013.

PALERMO, O., *La legítima defensa: una revisión normativista*, ed. Atelier, 2006.

PANTALEÓN PRIETO, A.F., *Perseverare diabolicum* (¿Otra vez la responsabilidad civil en el Código penal?), en *Jueces para la democracia*, 19, 2/1993.

-*Comentario a la STS de 13 de julio de 1984*, en CCJC, septiembre-diciembre 1984.

-*Comentario al artículo 1902 del Código Civil*, en *Comentarios del Código Civil*, t. II, 1991, p. 1986.

-*Comentario del Código Civil*, 1991, Ministerio de Justicia, p. 1995.

PAREDES CASTAÑÓN, J.M., *El riesgo permitido*, Ministerio de Justicia e interior, Secretaria General Técnica, Centro de publicaciones, 1995.

PAWLIK, M., *Der rechtfertigende Notstand*, 2002.

-*Der Rechtfertigende Defensivnotstand im System der Notrechte*, GA 2003.

-*La libertad institucionalizada. Estudios de filosofía jurídica y Derecho Penal*. Ed. Marcial Pons, 2010.

PAWLIK, M/ KINDHÄUSER, U., *La antijuridicidad en el Derecho Penal. Estudios sobre las normas permisivas y la legítima defensa*. Julio Cesar Faira, ed. Buenos Aires, 2013.

PEREZ DEL VALLE, C., *Conciencia y Derecho penal*, Granada, 1994.

PERRON, W., *Die Stellung von Rechtfertigung und Entschuldigung im System der Strafbarkeitsvoraussetzungen*, en *Rechtfertigung und Entschuldigung IV*, 1991.

-*Rechtfertigung und Entschuldigung im deutschen und spanischen Recht*, 1ª ed, Baden- Baden: Nomos Verl, 1988.

-*Principios estructurales de la justificación en derechos español y alemán*, Causas de justificación y de atipicidad en Derecho penal, ed. Aranzadi, 1995.

QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso de Derecho Penal*, tomo I, 1963.

REICHERT-HAMMER, H. *Politische Fernziele und Unrecht, Ein Beitrag zur Lehre von der Strafrechtswidrigkeit unter besonderer Berücksichtigung der Verwerflichkeitsklausel des 240 Abs, 2 StGB*, Duncker & Humblot, Berlin, 1991.

RENZIKOWSKI, J., *Notstand und Notwehr*, 1994.

REQUEJO CONDE, C., *La legítima defensa*, ed. Tirant, monografías, 1999.

REQUENA JULIANI, J., *La responsabilidad por el hecho ¿Existe una categoría intermedia entre la antijuridicidad y la culpabilidad?*, en *Dogmática y Ley Penal. Libro Homenaje a Bacigalupo*, tomo I, ed. Marcial Pons, 2004.

RIGGI, E.J., *Interpretación y ley penal. Un enfoque desde la doctrina del fraude de ley*, ed. Atelier, 2010.

ROBINSON, P.H., *Principios distributivos del Derecho Penal. A quién debe sancionarse y en qué medida*, ed. Marcial Pons, 2012.

ROBLES PLANAS, R., *Límites al Derecho penal, Principios operativos en la fundamentación del castigo*, ed. Atelier, 2012.

-Dogmática de los límites al Derecho Penal, en Estudios de dogmática jurídico-penal, editorial B de f, Buenos Aires, 2014.

RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, Derecho Penal español. PG, 18ª ed., 1995.

RODRÍGUEZ MOURULLO, G., Derecho Penal. PG, 1ª reimpresión, 1978.

-Consideraciones generales sobre la exclusión de la antijuridicidad, Libro Homenaje a Antón Oneca, 1982.

RODRÍGUEZ RAMOS, L., Compendio de Derecho Penal, PG; 2ª ed., 2010.

ROLDAN BARBERO, H., *Adecuación social y Teoría Jurídica del Delito*, Servicio de Publicaciones, Universidad de Córdoba, 1992.

ROMANO, M., en *Comentario sistematico del Codice Penale*, 1987.

ROMERO PRADAS, M.I., *El Sobreseimiento*, ed. Tirant lo Blanch, 2002.

RÖNNAU, T, *Leizpiger Kommentar zum Strafgesetzbuch, LK-StGB*, 12ª ed., 2015.

ROSENAU, H., *StGB Strafgesetzbuch Kommentar*, 2ª ed., 2014.

RÖTTGER, W., *Unrechtsbegründung und Unrechtsausschluss nach den finalistischen Straftatlehren und nach einer materialen Konzeption*, Berlin, Duncker und Humlot, 1993.

ROSS, A., *Lógica de las Normas*, ed. Tecnos, Madrid, 1971.

RÖTTGER, W., *Unrechtsbegründung und Unrechtsausschluss nach den finalistischen Straftatlehren und nach einer materiale Konzeption*, Berlin: Duncker und Humblot, 1993.

ROXIN, C., *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal* (traducción Muñoz Conde), Ed. Bosch, 1972.

-*Der durch Menschen ausgelöste Defensiwnotstand*, FS für Hans-Heinrich Jescheck, I, 1985.

-*Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe in Abgrenzung von sonstigen Strafausschliessungsgründen*, en *Rechtfertigung und Entschuldigung Rechtsvergleichende Perpektiwen*, Band I, 1987.

-*Die notstandsähnliche Lage ein Strafunrechtsausschliessungsgrund?*, FS für D. Oehler, 1985.

-*La evolución de la política criminal, el Derecho penal y el proceso penal*, ed. tirant lo blanch, Valencia, 2000

-*Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4^a ed., 2006.

RUDOLPHI, H.J., *Ist die Teilnahme an einer Notstandstat i.S. der 52, 53 Abs. 3 und 54 StGB strafbar?*, ZsTW, 1966.

-*Rechtfertigungsgründe im Strafrecht*, GS für Armin Kaufmann, 1989.

RUNTE, R., *Die Veränderung von Rechtfertigungsgründen durch Rechtsprechung und Lehre. Moderne Strafrechtsdogmatik zwischen Rechtsstaatsprinzip und Kriminalpolitik*, Verlag Peter Lang, 1991.

SÁINZ CANTERO, J.A., *Lecciones de Derecho Penal*, 3^a ed., 1990.

SAINZ CANTERO CAPARROS, M.B., *El ilícito civil en el código penal*, ed. Comares, Granada 1997.

SALIGER, F., *Prozedurale Regelungen im Strafrecht*, en Festschrift für Winfried Hassemer, 2010.

SALIGER, F. en SCHULD, L. (ed), *Verantwortung zwischen materialischer und prozeduraler Zurechnung*, 2000.

SAMSON, E., *Konflikte zwischen öffentlichem und strafrechtlichem Umweltschutz*, JZ 1978.

SAMSON, E., *Systematisches Kommentar zum Strafgesetzbuch, SK-StGB*, 4^a ed., 1983.

SAX, W., *Der verbrechenssystematische Standort der Indikationen zum Schwangerschaftsabbruch nach 218 a StGB*, JZ, 1977.

SCHILD, W., *Die Strafrechtsdogmatischen Konsequenzen des rechtsfreien Raumes*, JA 1978.

SCHLEHOFER, *Münchener Kommentar, MK-StGB*, 2^a ed, 2011.

SCHMIDHÄUSER, E., *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2^a ed., 1975.

-Strafrecht, AT, Studienbuch, 2^a ed., J.C.B. Mohr, Tübinga, 1984.

-*Zum Begriff der Rechtfertigung im Strafrecht*, FS für Karl Lackner, Berlin, New York de Gruyter, 1987.

SCHÜNEMANN, B., *Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars, 1.Teil: Tatbestands- und Unrechtslehre*, GA 1985.

SCHÜNEMANN, B., *La función de la delimitación de injusto y culpabilidad*, en Fundamentos de un Sistema europeo de Derecho penal, Libro Homenaje a Claus Roxin, SCHÜNEMANN/FIGUEIREDO (coords), J.M. SILVA SANCHEZ (ed. Española), J.M. Bosch, ed, 1995.

SEEBODE, M., *Polizeiliche Notwehr und Einheit der Rechtsordnung*, FS für Klug, B II, 1983.

SEHER, G., *¿Puede ser “subsidiario” el derecho penal? Aporías de un principio jurídico “indiscutido”*, en Límites al Derecho penal, Principios operativos en la fundamentación del castigo, ed. Atelier, 2012.

SIGÜENZA LÓPEZ, J., *Sobreseimiento libre*, ed. Aranzadi, 2002.

SILVA SANCHEZ, J.M. (ed. Española) (Coords) SCHÜNEMANN, B Y DE FIGUEIREDO DIAS, J., *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho Penal. Libro homenaje a Claus Roxin*, J.M. Bosch. Ed. 1995.

SILVA SANCHEZ, J.M., *Recensión a Schünemann, B, die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars. 1 Teil: Tatbestands- und Unrechtslehre*. Revista de revistas, Goltdammer's Archiv für Strafrecht (GA) Cuaderno 8, agosto 1985 y en Anuario de Derecho Penal y ciencias penales, 1987.

-*Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, J.M. Bosch Editor, 1992.

-*Sobre las actuaciones en una “situación de necesidad” que no implican deberes de tolerancia*, en Cuestiones actuales de la teoría del delito, LUZÖN/MIR PUIG (coords), 1999.

-*Introducción: Dimensiones de la sistematicidad de la teoría del delito* en El sistema integral del Derecho penal, Jürgen Wolter/ Georg Freund (eds). Ed. Marcial Pons, Madrid, 2004.

STRATENWERTH, G./KUHLLEN, L., Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6ª ed., 2011.

TIEDEMANN, K., *Straftatbestand und Normambivalenz*, en *Fs für Schaffstein*, 1975, pp. 195 y ss.

-Immenga/Mestmäcker *Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, 2ª ed, 1991.

TRAPERO BARREALES, M.A., *Los elementos subjetivos en las causas de justificación y de atipicidad penal*, ed.Comares, Granada 2000.

TOMAS-VALIENTE LANUZA, C., *El efecto oclusivo entre causas de justificación*, Granada, Comares 2009.

THIEL, S.M., *Die Konkurrenz von Rechtfertigungsgründen*, Peter Lang GMBH, 2000.

TRIFFTERER, Österreichisches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1985.

UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA, J.I., *La eficacia justificante de los derechos*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2003.

VALLE MUÑIZ, J.M., *El elemento subjetivo de Justificación y la graduación del injusto penal*, Ed. PPU, 1994.

-*La naturaleza graduable de lo injusto y la actuación en desconocimiento del presupuesto objetivo de una causa de justificación*, en *Política Criminal y nuevo Derecho penal*, Libro Homenaje a Claus Roxin, J.M. Silva Sánchez (ed) J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1997.

VASSALLI, G., *La dottrina italiana dell'antigiuridicità*, en H.J. JESCHECK-FS, t. I, 1985.

VELA TREVIÑO, S., *Antijuridicidad y justificación*, ed. Trillas, 1995.

VON LISZT, F., *Der Zweckgedanke im Strafrecht*, en *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, I,

VON WRIGHT, G.H., *Norma y acción*, ed. Tecnos, Madrid, 1970.

WEBER, U., *Besprechung von Hans-Ludwig Günther, Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschuss*, JZ 1984.

WELZEL, H., *Das Deutsche Strafrecht*, 11^a ed., 1969.

WESSELS, J. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 27 ed., 1997.

WESSELS, J./BEULKE, W/SATZGER, H., *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 44^a ed., 2015.

WIDMAIER, G., *Die Teilbarkeit der Unrechtsbewertung*, JUS 1970.140 Jahre Goltdammer's Archiv für Strafrecht. Eine Würdigung zum 70. Geburtstag von Paul-Günter Pötz, Heidelberg 1993.

WOLTER, J., *Verfassungsrechtliche Strafrechts, Unrechts und Strafausschlussgründe im Strafrechtssystem von Claus Roxin*, GA, 1996.

-*El sistema integral del derecho penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal*, ed. Marcial Pons, 2004.

ZIELINSKI, D., *Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff. Untersuchungen zur Struktur von Unrechtsbegründung und Unrechtsausschluss*, 1973.